This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

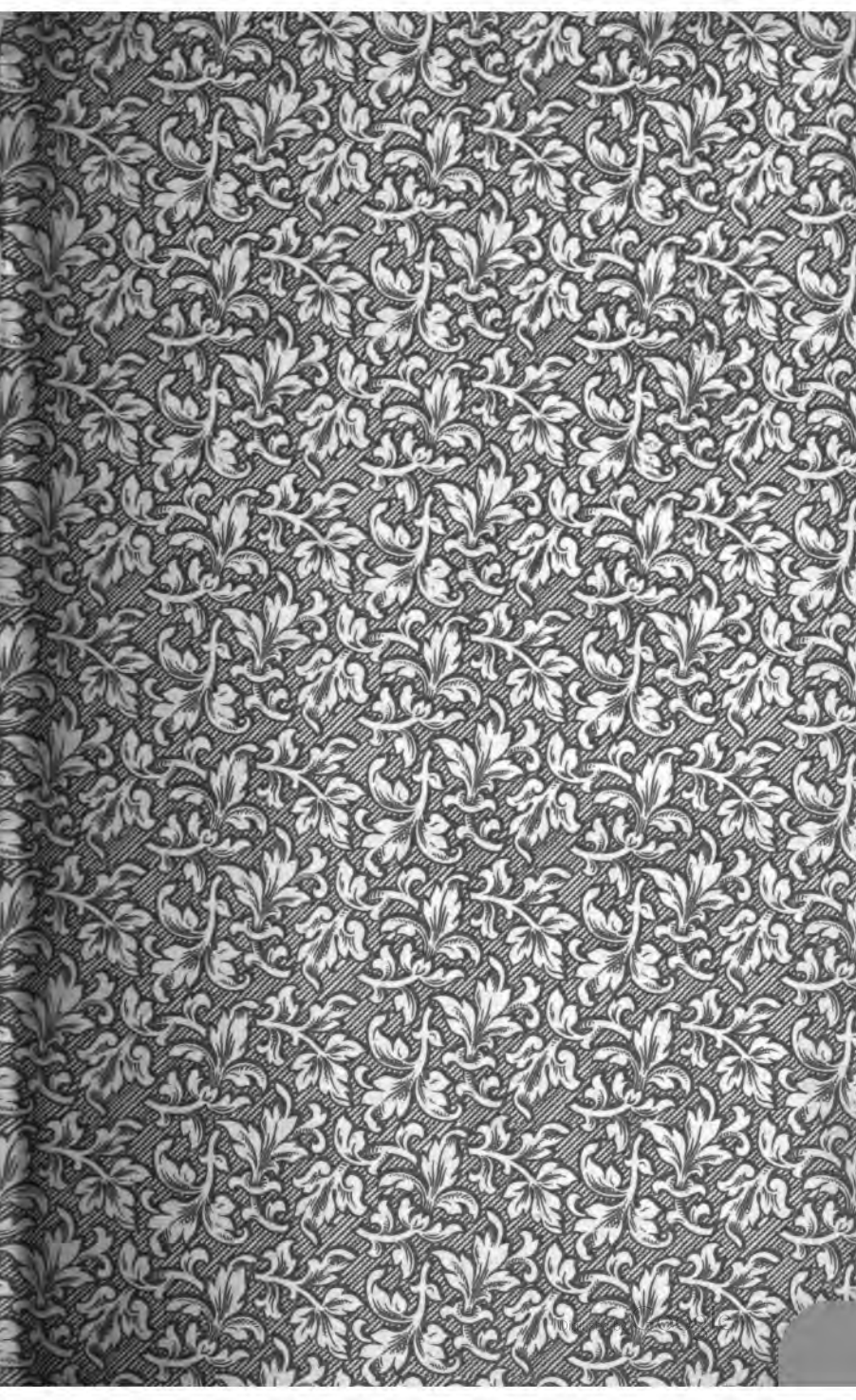
Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HL 144N 4

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received June 7, 1905.



Digitized by Google

Beiträge

zur

Kunde und Fortbildung

der

Zürcherischen Rechtspflege.

Herausgegeben

unter

Mitwirkung eines Vereines praktischer Rechtsgelehrten

von

Dr. Joseph Schauberg.

Zehnter Band.

Zürich,

Druck und Verlag von Friedrich Schultheß.

1849.

Digitized by Google

Rec. June 7, 1908.

Digitized by Google

I.

Inwiefern können nach dem Eglisauer Herrschaftsrechte die Kinder in dem Concurse des Vaters für das Muttergut ein Vorrecht ansprechen?

Das Bezirksgericht Bülach

hat

am 2. März 1848 in Sachen des Jacob Keller, Weinschenk von Wyl, als Vormund der Barbara, Jacob und Heinrich Siegrist von da, Kinder des Heinrich Siegrist, Zimmermanns sel. Sohn von Wyl, Kläger, gegen Jacob Hildbert, Jäger von Wyl, für sich und als Bevollmächtigter der Elisabetha Angst und Streitgenossen, betreffend Muttergut und Privilegium, nach Prüfung der Acten und der Parteivorträge über die Rechtsfragen: 1) Ob die Forderung der Kläger von 565 fl. 13 ß. 7 1/33 hlr. laut Inventars vom 10. März 1846 — 2) Ob das dafür angesprochene Privilegium des Muttergutes rechtlich begründet sei?

da sich ergeben:

A. Der Vater der Kläger, Heinrich Siegrist, Zimmermann von Wyl, habe sich mit einer Barbara Müller von Siblingen verehelicht, die im Jahre 1842 mit Hinterlassung der Kläger und ihres Ehemannes und Letzterer im J. 1846 mit Hinterlassung der Ansprecher gestorben sei; — Namens der Letztern sei der Nachlaß des Heinrich Siegrist ausgeschlagen und über denselben der Concurs eröffnet wor-

Digitized by Google

den, in welchem die Kläger die fragliche Summe als Muttergut angemeldet und dafür das derselben zustehende Privilegium angesprochen haben, von den Beklagten aber sowol die Forderung als das Privilegium bestritten worden; —

B. Die Kläger suchen die Größe ihrer Ansprache damit zu begründen, daß sie behaupten, ihre Mutter habe laut Theilrodels vom 18. Dec. 1819 von ihrer Mutter ererbt:

1)	an 5 Grundstücken	189 fl.	56⅓ kr.
2)	an Fahrhabe	7 „	41 „
3)	an Liegenschaften vom Großvater	217 „	37 „
4)	an Fahrhabe	2 „	16 „
5)	an Baar von ihrer Schwester	3 „	40 „
	ferner laut Theilrodels vom 3. Febr. 1834:		
6)	an Weibergut	95 „	— „
7)	Vorschlag im J. 1834	21 „	1 „
8)	an Vatergut	20 „	51⅝ „
9)	„ „	64 „	9⅛ „
	zusammen	623 fl.	52¹¹⁄₁₂ kr.

Das Zubringen dieses Vermögens habe der Heinrich Siegrist damals, als er das Vermögen habe versichern sollen, in einer Recursschrift an den Bezirksrath zugegeben, auch habe er dieses gegenüber dem Gemeinderathspräsidenten Angst und dem Gemeinderathsschreiber Berchthold zur Zeit der Vorlegung der Inventur anerkannt; — das Privilegium des Muttergutes stehe den Klägern nach §. 40, Thl. X. des Stadt- und Landrechtes, und §. 4 des Vormundschaftsgesetzes zu, der vorschreibe, die Waisenbehörden seien beim Tode einer Mutter berechtigt, von dem überlebenden Vater Versicherung des Weibergutes zu verlangen, wo es erforderlich sei, was nichts anderes sagen wolle, als der Mann sei nur Nutznießer des Vermögens seiner Frau; — das Vormundschaftsgesetz sei nun aber ein auf den ganzen Canton sich beziehendes Gesetz und weit jünger als das Eglisauer Erbrechtsstatut,

Digitized by Google

daher müsse jenes zur Anwendung kommen; — überdem habe das Obergericht schon wiederholt erkannt, auch in den Gegenden, wo Gütergemeinschaft herrsche, sei der überlebende Ehegatte nur Nutznießer des Vermögens seines verstorbenen Ehegatten, daher auch in vorliegendem Falle die Kläger Eigenthümer des Weibergutes geworden seien; —

D. Die Beklagten behaupten, die Mutter der Kläger sei im J. 1841 und ihr Vater im Herbst 1846 verstorben; — es sei gleichgültig, ob und was die Mutter der Ansprecher in die Ehe gebracht, denn sie seien gar nicht befugt, deßwegen eine Forderung im Concurse anzumelden, weil das ganze Vermögen einer Frau nach ihrem Tode nach dem Eglisauer Erbrechte ihrem überlebenden Manne als Eigenthum zufalle, denn der §. 2 jenes Erbrechtes sage deutlich: „Wann zwey Eemenschen Eelich zusammen kommend, vnnd kein sünderung oder gmecht verdingt wirt zwüschent innen, da erbt eins das ander ohn alles mittel. Gwünnend sy aber kind byeinandern, wann dann eins vor dem anderen abstirbt, aber Erbt eins das ander, darin habend die kind nütz zureden, vnnd mag solich gut woll nutzen vnnd bruchen, syn Lebenlang nach syner notfurfft vngefharlich.“ Den Kindern einer solchen Ehe falle nur das als Vermögen zu, was nach Tilgung sämmtlicher Schulden noch übrig bleibe; — wenn die Frau zur Zeit des Concurses noch gelebt hätte, so wäre ihr Vermögen mit in den Auffall gezogen worden, so daß sie keine Forderung hätte stellen können; — nun komme den Kindern kein besseres Recht zu, als ihre Mutter gehabt habe; — daß Siegrist in einem Recurse die Summe anerkannt habe, werde bestritten; übrigens habe dieß nichts zu sagen, denn Siegrist sei damals schon schlecht gestanden, es könne somit den Klägern weder eine Forderung noch dafür ein Privilegium zustehen; —

D. Die Kläger geben zu, daß ihre Mutter, wenn sie noch leben würde, keine Forderung hätte stellen können; — die Sache habe sich aber geändert durch den Tod der Mutter, welcher den Hch. Siegrist nur zum Nutznießer ihres Vermögens gemacht habe; —

Digitized by Google

E. Den Klägern sei der Beweis auferlegt worden,

a) daß ihre Mutter bei Eingehung der Ehe das angegebene Vermögen besessen habe, resp. besserer Beweis dafür;

b) daß bei dem Tode der Mutter der damalige Ehemann noch so viel besessen habe, als nun gefordert werde;

c) daß in Wyl, resp. in der Herrschaft Eglisau, Kinder nach dem Tode ihrer Mutter im Auffalle des Vaters ein Vorrecht des Muttergutes haben; —

F. Den Beklagten sei aber der Gegenbeweis offen behalten und ihnen eine Frist von 14 Tagen vom 23. Juni 1847 an angesetzt worden, um die Beweismittel zu bezeichnen, resp. einzugeben, unter Androhung Ausschlusses der nicht eingereichten, resp. benannten Beweismittel; — nun stellen dieselben mit Zuschrift vom 21. Juli v. J. den Beweissatz, daß nach dem Tode der Ehefrau des Heinrich Siegrist dieser an seine zwei Söhne mehr als den Betrag des Muttergutes verwendet habe, und haben dafür vier Personen als Zeugen bezeichnet; — die Zulässigkeit dieses Beweises werde von den Klägern bestritten, weil derselbe verspätet sei; —

G. Die Kläger halten ihre Beweise als erbracht, und zwar ad Fact. E. a

1) durch den Theilrodel, nach welchem ihre Mutter in zwei Malen 420 fl. 50 kr. R. W. erhalten habe (Act. 7);

2) durch die Quittung vom J. 1823, wodurch Heinrich Siegrist den Empfang von 104 fl. bescheine (Act. 19);

3) durch die Quittung vom J. 1824, nach welcher Hch. Siegrist bescheine, 120 fl. empfangen zu haben (Act. 19);

4) durch eine Bescheinigung vom 13. Nov. 1825, womit hergestellt werde, daß Siegrist damals Besitzer des ganzen Vermögens seiner Frau geworden (Act. 19);

5) durch die Recursschrift des Hch. Siegrist an den Bezirksrath (Act. 17), worin derselbe erkläre, daß er das Vermögen seiner

Digitized by Google

verstorbenen Ehefrau erhalten habe, dasselbe noch besitze und durch Schuldtitel versichern wolle; —

Die Siegrist habe laut Theilrodels während der Ehe 201 fl. ererbt, wofür ein Beweis für das Zubringen nicht erforderlich sei, indem es in der Pflicht des Ehemannes gelegen habe, für dessen Einzug zu sorgen; —

ad Fact. E b Diesen Beweis glauben die Kläger nicht führen zu müssen, hingegen sei das Gegentheil durch die Beklagten herzustellen; — übrigens halten sie diesen Beweis erbracht durch den notarialischen Auszug (Act. 16), nach welchem Heinrich Siegrist nach dem Ableben seiner Frau noch ein Vermögen von circa 2000 fl., somit weit mehr besessen habe, als sie (Kläger) fordern; —

ad Fact. E c. Hiefür wiederholen Kläger ihre frühern Behauptungen und beziehen sich auf einen obergerichtlichen Recursalentscheid vom 30 April 1842 in Sachen des alt Zunftrichters Caspar Meier von Wyl, nach welchem der überlebende Ehegatte bei beerbter Ehe nur Nutznießer des Vermögens des verstorbenen Gatten sei; —

H. Die Beklagten behaupten, die den Klägern auferlegten Beweise seien nicht geführt; — nach der Theilblanke habe ihre (der Kläger) Mutter im J. 1819 von ihrer Mutter Elisabetha Schelling 189 fl. 50⅔ kr., vom Großvater Jacob Schelling 207 fl. 37 kr, zusammen also 407 fl. 33⅔ kr. R. W erhalten; — nun bestreiten die Beklagten das Zubringen dieses Vermögens in die Ehe, indem diese mehrere Jahre später, nämlich im J. 1822 geschlossen worden sei; — im J. 1834 habe die Siegrist von ihrem Vater geerbt vier Stück Land, auf denen 53 fl. 58⅔ kr. gehaftet und welche Grundstücke die Siegrist für 235 fl. ihrer Schwester überlassen habe, somit ergebe sich hier ein Vermögen von 186 fl. 1⅓ kr.; daraus habe sie aber ihrem Vater jährlich 2 Vrtl. Kernen, 1½ Maß grünes Schmalz und 1 fl. 30 kr. Geld geben müssen, welches mehr betrage, als das Vermögen sei; — die Richtigkeit der eingelegten Quittungen werde bestritten; —

Digitized by Google

der Beweis, daß der Heinrich Siegrist zur Zeit des Ablebens seiner Frau das geforderte Vermögen noch gehabt, werde durch den notarialischen Auszug nicht hergestellt; — das Muttergut genieße auch deßwegen kein Privilegium, weil die Kinder ihr Vermögen dem Vater nicht anvertrauen müssen; — das Vermögen der Eheleute Siegrist sei nie getrennt worden; — der obergerichtliche Beschluß falle außer Berücksichtigung, indem derselbe zu spät producirt worden sei; —

J. Die Kläger behaupten, der Leibdingsnehmer sei bald gestorben, daher können wenigstens die 186 fl. als Vermögen der Frau Siegrist angesehen werden, zumal ein Leibding das Capital niemals schwäche; — das Vermögen sei vom J. 1819 an bis 1822 in den Händen des Vaters der Frau Siegrist geblieben, deren Ehemann es dann bezogen habe; — die Kläger bestreiten, daß die Creditoren zuerst zu bezahlen seien; —

K. Den Beklagten sei eine Frist von 10 Tagen vom 21. Januar d. J. an anberaumt worden, um sich zu erklären, ob sie die Unterschriften auf den bereits eingelegten Quittungen anerkennen, unter der Androhung, daß Stillschweigen als Anerkennung der Unterschriften des Siegrist auf den fraglichen Quittungen des Siegrist ausgelegt würde; —

L. Laut der Theilblanke vom 18. December 1819 (Act. 7) und derjenigen vom 3. Februar 1834 (Act. 8) habe die Ehefrau des Heinrich Siegrist die in Fact. B erwähnte Summe ererbt, dagegen sei sie schuldig gewesen, ihrem Großvater alljährlich, und zwar das erste Mal auf Martini 1820, $1\frac{1}{2}$ Vrtl. Kernen und 2 Vrtl. Wein, 3 Schoppen Schmalz und 1 fl. 30 kr. Geld, und ihren Eltern jährlich, und zwar zuerst auf Martini 1834, 2 Vrtl. Kernen, $1\frac{1}{2}$ Maß grünes Schmalz und $1\frac{1}{2}$ fl. an Geld zu geben; —

M. Die von den Klägern eingelegten Quittungen (Act. 19) lauten wörtlich:

„1823 hat der Vater mir Hs. Hch. Siegrist von dem Muttergut. Geld gegeben 100 fl. und 4 fl. 1823 bescheint sig. Hch. Siegrist von

Digitized by Google

Wyl bei Raſz. Und 1824 hat der Vater wieder 100 fl. und 20 fl. gegeben 27. Januar 1824 bescheint sig. Heinrich Siegriſt von Wyl.

„1825 den 13. Wintermonat hat mir der Vater das Vermögen richtig abgestattet.

„bescheint sig. Hch. Siegriſt von Wyl."

N. In der von Heinrich Siegriſt am 30. December 1845 an den Bezirksrath Bülach gerichteten Zuschrift (Act. 17) erkläre derselbe: Alle Ausgaben aber, welche ich nun zu bestreiten habe, sind nicht von dem Muttergute genommen, sondern von dem Meinigen. Er anerbiete den Kindern ihr mütterliches Vermögen an guten Schuldtiteln gegen Versicherung des Zinses mit jedem Tage auszuhinzugeben.

O. Laut des notarialischen Auszuges (Act. 16) habe Heinrich Siegriſt am 5. März 1840 noch Liegenschaften besessen im Werthe von 4991 fl. 20 ß., auf welchen damals als Schulden 2369 fl. 20 ß. gehaftet haben, daher als Mehrvermögen 2622 fl. vorhanden gewesen; —

P. Die Kläger verzichten mittelst Zuschrift vom 20. Januar d. J. (Act. 45) auf die Zeugeneinvernahme für den in Fact. B erwähnten Umstand, daß Heinrich Siegriſt den Empfang des fraglichen Vermögens gegenüber Herrn Präsident Angst und Gemeinderathsschreiber Berchthold anerkannt habe:: —

in Erwägung:

1) daß mit Rücksicht auf den von den Beklagten gestellten, in Fact. F erwähnten Beweissatz nicht mehr eingetreten werden kann, weil derselbe mehrere Tage nach Ablauf der peremtorischen Frist anerboten worden ist, somit die dießfalls angedrohte Ausschließung erfolgen muß; —

2) daß, was die Größe des geforderten Muttergutes betrifft, die dafür angerufenen Theilblanken vollen Beweis bilden, indem beide als amtliche Urkunden erscheinen, da sie von den betreffenden Theilungsbeamten unterschrieben sind; —

3) daß nun die Mutter der Kläger laut der Theilblanke vom 18. Dec.

Digitized by Google

1819 von ihrer Mutter und ihrem Großvater 421 fl. 10⅓ kr. R. V. ererbt hat, gegen die von den Beklagten erhobene Einrede aber, daß die Siegrist dieses Vermögen bei ihrer Verheirathung im J. 1822 nicht in Ehe gebracht habe, die in Fact. M copirten Quittungen sprechen, deren Unterschriften stillschweigend als ächt anerkannt worden sind, zumal es nicht unwahrscheinlich ist, daß die Siegrist ihr Vermögen nach der Theilung bis zu ihrer Verheirathung ihrem Vater anvertraut habe, indem dieser Erbtheil nicht von ihm, sondern von andern Personen herrührte; —

4) daß ferner durch die gerichtliche Theilblanke vom 3. Febr. 1834 erwiesen ist, daß sie damals noch 201 fl. 1⅝ kr. Vater- und Muttergut ererbt hat, das ihr zu einer Zeit zufiel, als sie unbestreitbar mit dem Vater der Kläger in der Ehe lebte, somit kein Grund vorliegt, um anzunehmen, dieser Erbtheil sei nicht in die Ehe gekommen; —

5) daß die Frage betreffend, ob der Vater der Kläger dieses Vermögen zur Zeit des Ablebens seiner Frau im J. 1841 noch besessen habe, durch den notarialischen Auszug allerdings hergestellt ist, daß derselbe im März 1840 an Liegenschaften noch ein reines Vermögen von 2622 fl. gehabt habe, ein Beweis aber, daß sich dieses Vermögen bis zum Tode der Ehefrau Siegrist unter die geforderte Summe vermindert habe, von den Beklagten niemals geleistet, ja nicht einmal anerboten worden ist; —

6) daß aber nicht nur diese stillschweigende Anerkennung, sondern namentlich auch der Umstand, daß die Waisenbehörden erst im J. 1845 Versicherung des Muttergutes verlangt haben, dafür spricht, der Heinrich Siegrist habe zur Zeit des Todes seiner Frau noch weit mehr Vermögen besessen, als der Betrag des Muttergutes ist; —

7) daß nun die Frage, ob den Klägern überhaupt eine Forderung

Digitized by Google

aus Muttergut und das Privilegium desselben im Concurse ihres Vaters zustehe, davon abhängt, ob dieser zur Zeit des Todes seiner Ehefrau Eigenthümer oder bloß Nutznießer des von derselben hinterlassenen Vermögens geworden sei, indem im erstern Falle dieses Vermögen mit in den Concurs hätte gezogen werden sollen und daher die Kläger als Nichteigenthümer desselben es auch nicht herausfordern könnten; —

8) daß, wenn auch nach Art. 4, §. 1 des Eglisauer Erbrechtes es scheint, der überlebende Ehegatte erbe das Vermögen des verstorbenen Gatten auch bei beerbter Ehe als sein Eigenthum und die Kinder seien nach §. 3 u. 4 erst dann berechtigt, das von ihrem verstorbenen Vater oder Mutter in die Ehe gebrachte Vermögen herauszufordern, wenn sich der überlebende Vater oder die Mutter wieder verheirathe, so steht doch dieser Auffassung zweierlei entgegen:

a) der Umstand, daß die Waisenbehörden im Namen der Kinder nach Art. 4, §. 1 des allegirten Statutes befugt sind, von dem überlebenden Ehegatten Versicherung des Vermögens des Verstorbenen zu verlangen, was wol mit Recht voraussetzen läßt, die Kinder und nicht der Ehegatte seien Eigenthümer des Vermögens des Verstorbenen, indem sonst von einer Versicherung zu Gunsten der Kinder schon deßwegen keine Rede sein könnte, weil sie Etwas versichert haben wollten, woran ihnen nicht die entferntesten Eigenthumsrechte, sondern Dem zustehen würden, der versichern sollte, eine Versicherung aber nur dann gedenkbar ist, wenn der Eigenthümer einer Sache sich vor allfälligem Schaden durch Verschwendung ꝛc. sicher stellen lassen will;

b) die schon wiederholt ausgesprochene Ansicht des Obergerichtes [z. B. am 11. Mai 1842 in Sachen der Wittwe Angst c. Geschwister Angst, am 28. Juni 1836 in Sachen Neukom und Graf c. Neukom, am 10. Juli 1838 in Sachen Hartmann c. Hartmann, am 30. April 1842 in Sachen alt Zunft-

Digitized by Google

richter Meier und am 30. December 1843 in Sachen Siegrist (N. F. d. Monatschr., Bd. V. S. 50)], daß an dem Vermögen eines verstorbenen Ehegatten, welcher Kinder hinterläßt, dem Ueberlebenden nur der Nießbrauch, hingegen das Eigenthum den Kindern zustehe, somit die Gütergemeinschaft bis zur Wiederverehelichung oder dem Absterben des überlebenden Ehegatten in einem solchen Falle bloß in diesem Sinne, nicht aber auf gleiche Weise wie bei unbeerbter Ehe fortbestehe; —

9) daß demnach feststeht, der Heinrich Siegrist sei nur Nutznießer des Vermögens seiner verstorbenen Ehefrau geworden, das Capital aber Eigenthum der Kläger verblieben, für welches ihnen im Concurse ihres Vaters nach §. 40, Thl. X. des Stadt- und Landrechtes um so eher das Privilegium des Muttergutes zusteht, als die Kläger wegen Minderjährigkeit von sich aus vom Vater keine Versicherung verlangen konnten, die Waisenbehörden aber, die dieses Gesuch in ihrem (der Kläger) Namen stellten, abgewiesen worden sind, somit sie ihr Vermögen ihrem Vater anvertrauen mußten :: —

mit Einmuth,

jedoch ohne Zustimmung des Präsidenten,

erkannt:

1. Seien beide Rechtsfragen bejahend entschieden; —
2. Haben die Beklagten die Kläger mit 20 Fr. zu entschädigen; —
3. Tragen die Beklagten die Kosten; —
4. Sei dieses Urtheil beiden Parteien gegen Empfangschein und der Notariatskanzlei Eglisau mitzutheilen.

In Folge der von den Beklagten gegen das bezirksgerichtliche Urtheil ergriffenen Appellation hat sodann das Obergericht am 31. Mai 1848 über die Rechtsfrage: 1) Ob die Forderung der Kläger von 565 fl.

Digitized by Google

13 §. $7^{1}/_{33}$ hlr. laut Inventars vom 10. März 1846, und 2) ob das dafür angesprochene Privilegium des Muttergutes rechtlich begründet sei?

In Erwägung:

1) Daß, wenn zwar auch allerdings bei vorhandener Gütergemeinschaft unter den Ehegatten und einer fortgesetzten Gütergemeinschaft des überlebenden Ehegatten mit den aus der Ehe geborenen Kindern von einer mit den Forderungen der Gläubiger concurrirenden oder gar ihnen vorgehenden Weiber- oder Muttergutsansprache hinsichtlich desjenigen Theiles, auf den sich die Gütergemeinschaft bezieht, also bei allgemeiner Gütergemeinschaft überall nicht die Rede sein kann, und insofern die Ansicht des Appellanten, daß das nach dem für den ganzen Canton als subsidiäres Recht geltenden Stadt- und Landrechte begründete Privilegium des Weibergutes mit dem Systeme des geltenden Eglisauer Stadtrechtes vom J. 1510, wonach allgemeine eheliche Gütergemeinschaft stattfindet, unvereinbar sei, als richtig angesehen werden muß, — doch ein Gleiches mit Bezug auf die Ansprache der Kinder eines vorverstorbenen Ehegatten auf das Vermögen des letztern, im vorliegenden Falle also der Kläger an demjenigen ihrer verstorbenen Mutter, darum nicht eintritt, weil nach der von dem Obergerichte in einer Reihe von Entscheidungen immer festgehaltenen Annahme die auf eine sogenannte beerbte, d. h. solche Ehe, aus welcher Kinder vorhanden sind, bezüglichen Bestimmungen des Art. IV. §. 1 des cit. Eglisauer Stadtrechtes, verbis: „Gwünnend sy aber kind by einandern" u. s. w. (Pestalutz, Samml. der Statute des Cantons Zürich, Bd. II. S. 176 f.) nicht von einem fortgesetzten Beisitze des überlebenden Ehegatten mit den Kindern im ungezweiten, sich nicht mehr in seine ursprünglichen Bestandtheile auflösenden Gute und daheriger Fortsetzung der bisher stattgefundenen ehelichen Gütergemeinschaft, sondern dahin zu verstehen sind, daß den Kindern mit dem Tode des einen ihrer Eltern

Digitized by Google

das von diesem in die Ehe gebrachte Gut, soweit es noch vorhanden ist (also nach Abzug des verhältnißmäßigen Theiles der ehelichen Schulden), so wie die Hälfte der allfälligen aus dieser Ehe herrührenden Errungenschaft angefallen sei und dem überlebenden Ehegatten an diesem zum Muttergute seiner Kinder gewordenen Theile des früher ungezweiten Gutes bloß die lebenslängliche Nutznießung zustehe, — woraus dann folgt, daß mit Bezug auf Das, was beim Tode des überlebenden Ehegatten dem eben Gesagten gemäß sich als von ihrem vorverstorbenen Vater oder Mutter her den Kindern angefallenes Vermögen herausstellt, die rechtlichen Verhältnisse zwischen den letztern und dem überlebenden Ehegatten sich, vorbehältlich des besonders normirten Ehe- und Erbrechtes des letztern, ganz so, wie nach dem Stadt- und Landrechte, gestalten und somit auch der Anwendbarkeit der Bestimmungen dieses Gesetzes hinsichtlich des Muttergutes der Kinder und des Vorrechtes desselben im Concurse des Vaters kein Hinderniß im Wege steht, — wie denn namentlich auch die in dem cit. Art. IV. §. 1 beigefügte Andeutung, daß der überlebende Ehegatte, wo die Noth es erheischt, auch wol in die Substanz des seiner Nutznießung unterliegenden, den Kindern von dem vorverstorbenen Ehegatten angefallenen Vermögens eingreifen dürfe „ungefharlich", hieran darum nichts ändert, weil dieß sich gar nicht als eine Folge einer bestehenden (fortgesetzten) Gütergemeinschaft oder als eine Hinweisung auf solche darstellt, sondern lediglich als eine Eigenthümlichkeit der aus dem bestandenen ehelichen Verhältnisse hervorgegangenen Nutznießung des überlebenden Ehegatten, als eine weiter als sonst gehende, aus andern Gründen entstandene, mehr Rechte gewährende Nutznießung aufzufassen ist, wie dieß mit Sicherheit daraus hervorgeht, daß eine derartige Befugniß auch solche Statuten, welchen entschieden das System der ehelichen Gütergemeinschaft fremd ist, dem überlebenden nutznießenden Ehegatten, namentlich

Digitized by Google

dem Vater, gestatten, z. B. das Wülflinger Herrschaftsrecht vom 26. Herbstmonat 1685, Art. 41: „Vnnd mag ein man sollich lybding, sins wybs gutt, ob er sonst nütz het, vnnd jm lybs nott thette, angriffen, Ob jnn die zins darnon nitt betragen möchten, allweg vmb fünf schilling, so dick (so oft) sin nottursft das hörwscht, als das ouch vonn altem herkommen vnnd gebruchl ist" u. s. w. (Pestalutz a. a. O., Bd. II. S. 39; Kyburger Grafschaftsrecht vom J. 1675, Art. 56, Pestalutz, a. a. O., S. 217 f.); —

2) daß nun zwar freilich appellantischer Seits heute eventuell Beweis für ein in der Herrschaft Eglisau bestehendes Gewohnheitsrecht, wonach den Kindern für ihr Muttergut ein Vorrecht im Concurse ihres Vaters (wol auch ein mit den Gläubigern concurrirendes Recht) nicht zustehe, anerboten und zu diesem Behufe auf Rückweisung angetragen worden ist, hierauf aber darum nicht mehr eingetreten werden kann, weil das Bezirksgericht, sei es nun mit Recht oder Unrecht; laut S. 10 des Appellationsrecesses den Klägern den Beweis dafür aufgelegt hat, daß in Wyl, resp. in der Herrschaft Eglisau, den Kindern nach dem Tode ihrer Mutter im Auffalle des Vaters ein Vorrecht des Muttergutes zustehe, zu dessen Herstellung Kläger sich auf die gesetzlichen Bestimmungen des Stadt- und Landrechtes berufen haben, sodann aber das Bezirksgericht in demselben Beweisdecrete den Beklagten unter Ansetzung einer peremtorischen Frist den Gegenbeweis offen gelassen hat, zu welchem Gegenbeweis der Nachweis einer entgegenstehenden Rechtsnorm — gehe diese nun aus dem Inhalte eines geschriebenen Statutes oder eines bloßen Gewohnheitsrechtes hervor — offenbar gehört hätte, nun aber vor erster Instanz ein solcher Beweis theils nicht anerboten, theils das Bestehen eines solchen entgegenstehenden Gewohnheitsrechtes nicht einmal bestimmt behauptet worden ist; und wenn der Anwalt der Beklagten sich dießfalls auf den

Digitized by Google

von dem Obergerichte unter dem 7. März d. J. in Sachen des August Siegrist betreffend Revision erlassenen Entscheid berufe, dieß nicht Stich hält, weil damals der Revisionspetent zum nachträglichen Beweise eines Gewohnheitsrechtes nur darum zugelassen wurde, weil in jenem Falle das Bezirksgericht bei Erlassung des Beweisdecretes sowol als in seinem an das Obergericht appellirten Urtheile von einem ganz andern Gesichtspunkte ausging, wonach ein solcher Beweis ganz überflüssig gewesen wäre, demnach auch vor erster Instanz keinerlei Veranlassung, den fraglichen Beweis anzubieten, vorhanden war; —

3) daß, wenn sonach gemäß Erw. 1 gegenwärtig davon, daß die Kläger befugt seien, ihr Muttergut, und zwar mit dem im Stadt- und Landrechte begründeten Vorrechte, im Concurse ihres Vaters geltend zu machen, auszugehen ist, ihnen zwar allerdings der Beweis für das Dasein und die Größe dieses Muttergutes obliegt, und dieses nun zwar mit dem ihrem Vater zugebrachten Weibergute nicht zusammenfällt, weil, abgesehen von der im vorliegenden Falle nicht behaupteten und daher bei Regulirung der Beweislast nicht weiter in Berücksichtigung zu ziehenden Vermehrung durch eheliche Errungenschaft, das Vermögen der Ehegatten sich durch eheliche Einbuße und contrahirte Schulden vermindert haben kann, als Muttergut aber nur anzusehen ist, was von dem in die Ehe gebrachten und während der Ehe hinzugekommenen Vermögen der gewesenen Ehefrau und Mutter bei ihrem Tode nach Abzug ihres Antheils an der Einbuße und den Schulden noch übrig bleibt, dessen ungeachtet aber die Kläger, da eine rechtliche Vermuthung weder dafür, daß das bei Auflösung der Ehe noch vorhandene Vermögen von dem Ueberlebenden beigebracht worden sei, noch für eine eheliche Einbuße streiten und somit Derjenige, der sich darauf stützt, den Beweis dafür zu leisten hat, fundirte Klage haben, sobald und soweit sie beweisen,

Digitized by Google

theils wie viel ihre Mutter in die Ehe gebracht habe oder ihr während des Eheſtandes zugefallen ſei, theils daß bei Auflöſung der Ehe hinreichendes reines Activvermögen zu Deckung, reſp. zu theilweiſer Deckung desſelben, vorhanden geweſen, worauf es dann Sache des Ueberlebenden, beziehungsweiſe der an ſeine Stelle getretenen Maſſe, alſo der jetzigen Beklagten geweſen wäre, darzuthun, daß und wie viel auch er in die Ehe gebracht habe, reſp. ihm zugefallen ſei, woraus ſich dann in Zuſammenſtellung mit dem erwieſenen Weibergute das Daſein und die Größe der ehelichen Einbuße und durch Abzug des betreffenden Antheils der letztern vom erwieſenen Weibergute das Daſein und die Größe des Muttergutes von ſelbſt herausgeſtellt haben würde; —

4) daß, da nun aber im vorliegenden Falle das Daſein einer ehelichen Einbuße beſtritten und von den Beklagten, welche ſich darauf berufen haben, in keiner Weiſe hergeſtellt, überhaupt darüber, ob und wie viel Vermögen der Ehemann in die Ehe gebracht habe oder ihm während der Ehe zugefallen ſei, überall Nichts vorgebracht und noch weniger irgend ein Beweis dafür anerboten worden iſt, noch ſich ſonſt in dieſer Beziehung Etwas aus den Acten entnehmen läßt, es ſich gegenwärtig bloß noch darum handeln kann, ob und inwieweit Kläger den ihnen nach Maßgabe der Erw. 3 obliegenden Beweis geführt haben; —

5) daß, was nun den Betrag des zugebrachten Vermögens der Mutter der Kläger betrifft, zwar durch die ihrem ganzen Inhalte nach als authentiſches Beweismittel anzuſehende Theilungsurkunde vom 18. December 1819 (Act. 7) hergeſtellt iſt, daß damals die Mutter der Kläger an Muttergut 197 fl. 37⅓ kr. und als großväterliches Erbgut 223 fl. 33 kr., zuſammen alſo 421 fl. 10⅓ kr. R. W., geerbt habe, daraus aber noch nicht folgt, daß dieſes ganze Vermögen dem Ehemanne in die erſt mehrere Jahre ſpäter geſchloſſene Ehe wirklich eingebracht worden ſei, vielmehr das letztere Verhältniß noch beſonders zu erweiſen iſt; —

Digitized by Google

6) daß hiefür lediglich die Quittungen des Cridars (Act. 19 u. 20) vorliegen, deren Aechtheit nach fruchtlosem Ablauf der den Beklagten durch Commissionalbeschluß vom 11. Januar 1848 angesetzten peremtorischen Frist als anerkannt betrachtet werden muß und von denen auch nicht einmal behauptet wird, daß sie antedatirt, oder unter Umständen, die ihre Glaubwürdigkeit zu schwächen vermöchten, ausgestellt seien, wovon indeß bei derjenigen Act. 20 nach ihrem Datum und bei der Uebereinstimmung der Summe jedenfalls ungewiß bleibt, ob sie sich nicht auf die nämliche Zahlung beziehe, welche als die erste auch in Act. 19 bescheinigt ist: hievon ausgegangen aber der Vater der Kläger von seinem Schwiegervater am 25. November 1823 104 fl. von Muttergut, am 27. Januar 1824 wieder 120 fl., zusammen also 224 fl., und am 13. November 1825 den Rest des Vermögens, dessen Betrag indeß nicht angegeben wird, empfangen hat, unter diesen Umständen und mit Rücksicht auf den Betrag der frühern Zahlungen aber es sich wol rechtfertigt, anzunehmen, es seien von daher dem Vater der Kläger mindestens 300 fl. R. V. in die Ehe gebracht worden; —

7) daß ferner durch die Theilungsurkunde vom 3. Februar 1834, gegen deren Beweiskraft keine stichhaltende Einwendung gemacht wurde, hergestellt ist, daß damals die Mutter der Kläger an Vater- und Muttergut und ehelichem Vorschlage der Eltern 201 fl. 1¾ kr. ererbt habe, während über das Einbringen dieser Summe in die Ehe, da dieselbe zu jener Zeit schon seit einer Reihe von Jahren bestand, kein begründeter Zweifel herrschen kann; —

8) daß demnach das von der Mutter der Kläger ihrem Ehemanne zugebrachte und das während der Ehe von ihr ererbte Vermögen auf 501 fl. 1¾ kr. R. V. = 455 fl. 18 ß. Z. V. anzusetzen ist; —

9) daß, wenn sich nun fragt, ob dieses ermittelte Weibergut zur Zeit des Todes der Mutter der Kläger noch vorhanden gewesen, dieses,

Digitized by Google

mit Rücksicht auf den Mangel jedes Beweises für das Dasein und die Größe eines Zubringens des Ehemannes, so wie des Daseins und der Größe einer ehelichen Einbuße (Rückschlags) Erw. 4 lediglich bejaht werden muß, wenn berücksichtigt wird, daß die Mutter nicht, wie Appellant behauptet, im J. 1842, sondern ungefähr zu der Zeit, von welcher der Protokollauszug Act. 16 über die dem Heinrich Siegrist zustehenden Grundstücke und die darauf haftenden grundversicherten Schulden ausgeht, (5. März 1840) verstorben sein muß, weil, wie sich aus Act. 8 ergibt, dieselbe am 9. April 1840 bereits gestorben war und an ihrer Stelle ihre Kinder Erben geworden sind, nun aber aus jenem Protokollauszuge hervorgeht, daß damals der Vater der Kläger noch ein reines Vermögen von 2622 fl. an Liegenschaften besaß, und wenn man nun auch noch eine verhältnißmäßige bedeutende Summe für allfällig ausstehende Zinsen und für laufende Schulden hievon in Abrechnung bringen wollte, jedenfalls noch viel mehr übrig bliebe, als nothwendig ist, um das in einigen 100 fl. bestehende Muttergut zu decken:: —

gefunden:

Es sei die Berufung der Beklagten theilweise begründet, und hierauf

erkannt:

1. Es stehe den Klägern im Concurse über den Nachlaß ihres Vaters eine Forderung von 455 fl 18 ß. Z. V. mit dem dafür angesprochenen Privilegium des Muttergutes zu; —

2. Seien die erst- und zweitinstanzlichen Kosten zu $^1/_4$ von den Klägern und $^3/_4$ von den Beklagten zu bezahlen; —

3. Sei die von dem Bezirksgerichte den Beklagten aufgelegte Entschädigung an die Kläger aufgehoben.

Digitized by Google

II.

Ueber die Gültigkeit und Wirksamkeit der Beschlüsse der Gemeinden.

Der Bezirksrath Regensberg

hat

am 8. September 1847 in Sachen des Herrn Cantonsrath Heinrich Baltensberger und vier anderer Bürger von Neerach, Namens der Minderheit der dortigen Gemeinde, Klägerin, gegen die Mehrheit derselben Gemeinde, Beklagte, betreffend Gültigkeit eines Gemeindsbeschlusses resp. Benutzung des Gemeindlandes,

da sich ergeben:

A. Die Schulgenossenschaft Neerach sei von den Schulbehörden angewiesen worden, ein den gegenwärtigen Bedürfnissen entsprechendes Lehrzimmer und eine Lehrerwohnung herzustellen, und die Gemeinde habe hierauf eine Baucommission gewählt, welche mit einem Sachkundigen über die Möglichkeit und Zweckmäßigkeit der Ausführung dieser Baute Berathungen gepflogen habe; diese haben dann zu der Ueberzeugung geführt, daß es im Interesse der Gemeinde liege, ein Gebäude für zwei Lehrerwohnungen aufzuführen, einstweilen aber nur eine derselben vollständig herzustellen, bis die nicht ferne Nothwendigkeit der Anstellung eines zweiten Lehrers eintrete; — ferner dieses Gebäude abgesondert vom Schulhause aufzustellen, damit später ein zweites Lehrzimmer hergestellt werden könne; — in diesem Sinne sei beschlossen und der Bau unternommen und ausgeführt worden; die dießfälligen Kosten erreichen nach einem von der Bezirksschulpflege genehmigten Voranschlage die Summe von 5591 fl.; —

B. Am 15. Mai 1845 habe die Gemeinde darüber berathen, auf welche Weise die Kosten des Baues gedeckt werden sollen, und da sie sich

Digitized by Google

überzeugt, daß es unmöglich sei, diese enorme Summe durch Gemeindssteuern zu decken, sondern daß eine andere außerordentliche Hülfsquelle gesucht werden müsse, um das Unternehmen in dem Umfange, wie es projectirt sei, in Ausführung zu bringen, — so habe die Gemeinde gleichen Tags einmüthig den Beschluß gefaßt, daß derjenige Ertrag des Gemeindelandes, nämlich des Riedtes, der bisher alljährlich auf die Bürgerhaushaltungen vertheilt worden, so lange verkauft werden solle, bis die Kosten für die zu erbauenden Lehrerwohnungen gänzlich gedeckt seien; — in Folge dieses Beschlusses sei der Riedtertrag in den Jahren 1845 und 1846 an diese Kosten verwendet worden; —

C. Auf Begehren eines 1/6 der Activbürger sei am 3. Juli d. J. eine außerordentliche Gemeindsversammlung abgehalten und von der Mehrheit beschlossen worden: „Es solle der Gemeindsbeschluß vom 5. Mai 1845 betreffend den Verkauf der Riedttheile aufgehoben sein und das Riedt mit einer billigen Auflage zu Deckung der ordentlichen Ausgaben unter die Bürger vertheilt, die andern Ausgaben betreffend die Bauten der Lehrerwohnungen aber sollen durch Gemeindssteuern gedeckt werden"; —

D. Gegen diesen Beschluß sei die Klage gerichtet, und es werde um Aufhebung desselben nachgesucht aus folgenden Gründen:

1) Der Beschluß vom 15. Mai 1845 sei nicht zu vergleichen und dürfe nicht verwechselt werden mit einem solchen über Anordnung und Regulirung der Benutzung des Gemeindegutes im Allgemeinen; er habe insofern durchaus keine öffentliche Bedeutung, indem er auf das Gemeindegut nicht im Mindesten influire, sondern er sei in seiner ganzen Bedeutung und Wirkung rein privatrechtlicher Natur; alle Bürger haben nämlich theils durch Zustimmung, theils durch Stillschweigen auf ein ihnen gesetzlich zugestandenes Recht der Benutzung eines Theiles des Gemeindegutes verzichtet zu Gunsten eines bestimmten Zweckes und bis zur Erfüllung desselben; dadurch habe sich jeder einzelne Bürger gegen alle ver-

Digitized by Google

bindlich gemacht, und nach der rechtlichen Folge hievon könne sich von dieser Verbindlichkeit so wenig der Einzelne als eine Mehrheit losreißen, sondern sie könne nur durch Zustimmung Aller wieder aufgehoben werden; — sollte dieser Grundsatz nicht aufrecht erhalten werden, so werde eventuell

2) die Zulässigkeit der Aufhebung des Beschlusses vom 15. Mai 1845 darum bestritten, weil er bereits in Vollziehung übergegangen sei; — in dieser Beziehung behaupten Kläger, daß, sobald die Vollziehung eines Gemeindsbeschlusses begonnen habe, auch einer Minderheit der Gemeinde das Recht erwachsen sei, gänzliche Vollziehung des Beschlusses zu verlangen; dieser Grundsatz finde seine Rechtfertigung schon in einer vernünftigen Gemeindeordnung; das Gesetz wolle, daß die Minderheit der Mehrheit sich unterziehen solle; wenn aber dieß geschehen und im Willen der Mehrheit gehandelt werde, so wäre es eine Verletzung alles Rechtsgefühls und aller Begriffe von Ordnung, wenn die Mehrheit in einem beliebigen Stadium zurücktreten und der Minderheit ein anderes Gesetz dictiren könnte;

3) endlich sei gestützt auf den aufgehobenen Beschluß die Baute in solchem Umfange beschlossen und ausgeführt worden, so daß durch die Aufhebung desselben das Fundament aller Verhandlungen und Unternehmungen umgestoßen würde; —

E. Unter dem 7. v. M. habe die Gemeinde die Beantwortung der Klageschrift der Vorsteherschaft und einem Bürgerausschusse von 3 Mitgliedern übertragen; die so gebildete Commission habe sich aber über den Inhalt der Antwort nicht verständigen können, sondern während die Vorsteherschaft in besonderer Zuschrift der Klage und der Begründung derselben beitrete, habe der Bürgerausschuß als Mehrheit der Commission eine besondere Antwort abgefaßt; —

F. Die Beklagte füge den factischen Verhältnissen bei: Es sei gegen den Willen einer Minderheit die Erbauung von zwei Lehrerwoh-

Digitized by Google

nungen beſchloſſen worden, und der Beſchluß vom 15. Mai 1845 ſei nur deßhalb zu Stande gekommen, weil der Bürgerſchaft vorgegeben worden, daß auf das Vermögen Nichts verlegt werden könne, ſo lange ein Kreuzer Gemeindegut vorhanden ſei, und weil die Bürger mit dem Geſetze, welches die Art der Verlegung ſolcher Koſten beſtimme, nicht bekannt geweſen; übrigens ſei der fragliche Beſchluß darum ungültig, weil zu Faſſung desſelben nicht alle Activbürger zugezogen worden, während dieß bei ſolchen in die Verwaltung des Gemeindsweſens für die Zukunft tief eingreifenden Beſchlüſſen nothwendig ſein ſollte; —

G. In rechtlicher Beziehung werde der eingeklagte Beſchluß damit vertheidigt, daß

1) die Gemeinde das Recht habe, einen früher gefaßten Beſchluß jederzeit wieder aufzuheben oder abzuändern, und daß dieß geſetzlich nicht bloß durch Zuſtimmung aller, ſondern der abſoluten Mehrheit der Bürger geſchehen könne;

2) keine Rechte einzelner Bürger verletzt ſeien; hiefür berufe ſich die Beklagte auf §§. 2, 9 u. 11 des Geſetzes über die Gemeindsausgaben, welche beſtimmen, von wem, reſp. wie ſolche Ausgaben zu tragen ſeien; ferner auf das Geſetz über die Verwaltung der Gemeindegüter, nach deſſen §. 1 die Gemeindegüter ausſchließliches Eigenthum der Bürgergemeinde ſeien; dann auf §§. 3 und 6, wonach dieſe Güter nicht zu fremdartigen Zwecken verwendet werden ſollen; weiter auf §. 8, welcher der Gemeinde das Recht einräume, den Ertrag ihrer Liegenſchaften jährlich unter die im Gemeindsbanne wohnenden Bürger oder Bürgerhaushaltungen gegen eine Auflage zu vertheilen; endlich auf §. 12, nach welchem das Schulgut vom übrigen Gemeindegut genau ausgeſchieden werden ſolle; —

Geſtützt auf alles Dieſes werde auf Verwerfung der Klage angetragen; —

H. In einer Zuſchrift vom 2. v. M. beſchwere ſich J. Kämpf,

Digitized by Google

Sohn, Namens seines Vaters J. Kämpf, Weber, darüber, daß, wahrscheinlich aus Irrthum, die Klageschrift der Vorsteherschaft zu Handen der Gemeinde zur Beantwortung zugestellt worden sei, während die Vorsteherschaft zur Minderheit halte, folglich nicht sie, sondern die Mehrheit zu antworten habe, weßhalb zu Handen der letztern die Klageschrift zur Beantwortung gefordert werde:: —

in Erwägung:

1) Daß, was vorerst die formelle Beschwerde des J. Kämpf anbetrifft, offenbar diese und nicht das Verfahren des Bezirksrathes auf einem Irrthume beruht, weil außer Acht gelassen wurde, daß die Vorsteherschaft das Organ der Gemeinde bildet, durch welches einzig die Gemeinde mit den Behörden und diese mit der Gemeinde verkehren können, während der letztern deßhalb unbenommen bleibt, was und wie sie beschließen wolle, und daß ferner auch dem Begehren des Beschwerdeführers nicht zu entsprechen ist, indem die Klage bereits im Sinne der Mehrheit der Gemeinde durch die Mehrheit der hiefür bestellten Commission beantwortet ist; —

2) daß die Einwendung der Beklagten Fact. F gegen den Gemeindsbeschluß vom 15. Mai 1845 sowol rücklich des Zustandekommens desselben, als seiner formellen Gültigkeit wegen durchaus unerheblich ist, einerseits weil — was wol keiner näheren Begründung bedarf — alle Bürger verpflichtet sind, die Gesetze kennen zu lernen und die Folge einer solchen Unterlassung zu tragen haben, anderseits weil der fragliche Beschluß, gesetzt auch, er sollte formell ungültig gewesen sein, längst rechtskräftig geworden ist, weil innerhalb der gesetzlichen Frist das Rechtsmittel des Recurses gegen denselben nicht ist ergriffen worden (vgl. Verordnung des Reg.Rathes v. 29. Juni 1844, Bd. VII. S. 235, §§. 1 u. 10); —

3) daß, da nach dem Gesagten der Beschluß vom 15. Mai 1845 als gültig zu betrachten ist, in Frage kommt, ob die Gemeinde

Digitized by Google

berechtigt sei, denselben aufzuheben, bevor derselbe erfüllt sei; daß aber diese Frage verneint werden muß, wenn folgende Umstände berücksichtigt werden:

a) Daß zwar in der Regel eine Gemeinde berechtigt ist, gefaßte Beschlüsse wieder aufzuheben; daß aber — wie sich der Bezirksrath im Interesse einer geregelten und vernünftigen Gemeindeordnung und eines geordneten Gemeindehaushaltes überhaupt schon wiederholt (i. S. Felix Marthaler c. die Gemeinde Oberhasli vom 7. August 1844 und Heinrich Meier und Mithafte c. die Gemeinde Regensdorf vom 11. März 1846) und unter Sanction des Regierungsrathes ausgesprochen — dieses Recht den Gemeinden nur so lange zugestanden werden kann, als der betreffende Beschluß nicht bereits in Vollziehung gesetzt ist, wodurch auch eine Minderheit zu dem Rechte gelangen muß, gänzliche Vollziehung zu verlangen, und als nicht durch die Aufhebung die Rechte Einzelner verletzt werden, nun aber

b) der fragliche Beschluß unwidersprochenermaßen in der Vollziehung begriffen ist und

c) durch die Aufhebung desselben in der That die Rechte einzelner Bürger verletzt würden, was schon aus der Natur des Beschlusses selbst hervorgeht, indem nämlich derselbe das Gemeindegut in keiner Weise beschlägt, sondern lediglich die freiwillige Uebereinkunft der Bürger enthält, auf eine ihnen nach §. 8 des Gesetzes betreffend die Verwaltung der Gemeindegüter zustehende Nutzung des Gemeindelandes für eine gewisse Zeit und zu Gunsten eines bestimmten und gemeinsamen Zweckes zu verzichten, durch welche Uebereinkunft jeder Bürger sich gegen alle verbindlich gemacht und jeder Einzelne das Recht erworben hat, von den Andern Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung zu verlangen; —

Digitized by Google

4) daß, da somit durch den Beschluß vom 15. Mai 1845 weder der Capitalbestand, noch die Einkünfte irgend eines Gutes geschmälert werden, sondern derselbe nur eine gesetzlich zulässige Disposition über den Bürgernutzen enthält, die Berufung der Beklagten auf §§. 2, 9 und 11 des Gesetzes über die Gemeindsausgaben, und §§. 1, 3, 6 und 12 des Gesetzes betreffend die Verwaltung der Gemeindegüter für den Aufhebungsbeschluß vom 3. Juli d. J. ganz unpassend ist, indem keine jener Bestimmungen hier in Anwendung kommt:: —

gefunden:

Es sei die Klage begründet, und hierauf

erkannt:

1. Es sei der Gemeindsbeschluß vom 3. Juli d. J. aufgehoben; —
2. Trage die Beklagte die Kosten; —
3. Sei dieses Urtheil beiden Parteien zuzustellen.

Der Regierungsrath des Standes Zürich

hat

am 30. Juni 1848, auf Antrag des Rathes des Innern, in Sachen der Mehrheit der Gemeinde Neerach (vertreten durch Herrn Jacob Kämpf und Mithafte), Beklagten und Appellantin, gegen die Minderheit der dortigen Gemeinde (vertreten durch Herrn Cantonsrath Baltensberger und Consorten), Klägerin und Appellatin, betreffend Gültigkeit eines Gemeindsbeschlusses, auf Grundlage der factischen Verhältnisse des appellirten Erkenntnisses,

da sich ergeben:

A. Der Bezirksrath Regensberg habe unter dem 8. September v. J. den von der Mehrheit der Gemeinde Neerach am 3. Juli 1847 gefaßten Beschluß, nach welchem das Gemeindsland (Riedt) unter die Bürger gegen Bezahlung einer Auflage zu Bestreitung der ordentlichen

Digitized by Google

Ausgaben vertheilt und die Kosten für die neue Schulbaute durch Gemeindssteuern gedeckt werden sollen, aufgehoben; —

B. In ihrer vom 11. Oct. v. M. datirten Eingabe verlange nun die Beklagte und Appellantin, daß diesem Urtheile keine Rechtskraft verliehen werden möchte, und rechtfertige ihr Begehren im Wesentlichen theils durch folgende weitere Gründe:

„Die von der Appellatin aufgestellte Behauptung, daß die Gemeinde Neerach zu Fassung ihres am 3. Juli 1847 datirten Beschlusses unbefugt gewesen sei, sei um so unbegründeter als derselbe keine rückwirkende Kraft habe und ganz dem Gesetze angepaßt sei; dagegen müsse der frühere von der Gemeinde unter dem 8. Mai 1845 gefaßte Beschluß um so eher aufgehoben bleiben, als das Gemeindegut einerseits durch denselben nach dem zu den Acten gebrachten Zeugnisse seines Verwalters jetzt schon einen Rückschlag von 2444 fl. 14 ß. 6 hlr. erlitten habe, überdieß zu einem ganz fremdartigen Zwecke verwendet würde und die Bürger niemals auf ein ihnen gesetzlich zustehendes Recht verzichtet haben, anderseits schon im Jahre 1840 oder 1841 zu Deckung der Rückschläge des Armenguts im Betrage von 3200 fl. in Anspruch genommen worden sei; die Behauptungen der Appellatin sowol als die vom Bezirksrathe in Erw. 4 seines Erkenntnisses niedergelegten Ansichten, daß der Beschluß vom Jahre 1845 nur privatrechtlicher Natur sei und dadurch weder Capitalbestand, noch die Einkünfte irgend eines Gutes geschmälert werden, seien daher als unwahr widerlegt; was die übrigen Gründe betreffe, welche den Bezirksrath Regensberg zur Aufhebung des Gemeindsbeschlusses vom 3. Juli v. J. veranlaßt haben, so müsse in Rücksicht auf Erw. 3 bemerkt werden, daß derjenige vom 5. Mai 1845 noch nie vollzogen worden sei, indem man, wenn man auch das Gras aus dem Gemeindsland verkauft und einen Theil des Erlöses eingezogen, diesen letztern doch nicht zu der Schulbaute verwendet habe, es seien im Gegentheil Geldaufbrüche gemacht und nur solche Schulden bezahlt worden, die schon lange ausgestanden seien und auf andere Weise

Digitized by Google

nicht hätten getilgt werden können; zudem verletze dieser Beschluß einen großen Theil der Bürger, weil, wenn die Kosten für die Erbauung des Schulhauses nach den Bestimmungen des Gesetzes bestritten würden, auch diejenigen Bürger, welche außerhalb der Gemeinde ihren Wohnsitz genommen haben, an dieselben beizutragen hätten u. s. w."; —

C. Die Appellatin, welche zur Beantwortung dieser Appellationsschrift aufgefordert worden sei, habe in einer Eingabe erklärt, sie halte mit Rücksicht auf verschiedene Gründe die Appellation, wie sie ergriffen worden, für unzulässig und darum die Beantwortung der Appellationsschrift für unnöthig, worauf der Bezirksrath Regensberg unter dem 3. Dec. 1847 einerseits mit Rücksicht darauf, daß von den Appellanten die Appellationsfrist nicht innegehalten, andererseits mit Rücksicht auf die Frage, ob dieselben mit Beiseitesetzung der Vorsteherschaft Namens der Mehrheit der Gemeinde zu appelliren berechtigt seien, die Appellation als unzulässig und das Urtheil vom 8. September als rechtskräftig erklärt habe; —

D. Gegen diesen Beschluß sei von der Appellantin unter dem 20. Dec. 1847 Recurs ergriffen worden, worauf der Regierungsrath am 22. März l. J. jenen Beschluß aufgehoben und das Statthalteramt Regensberg angewiesen habe, der Klägerin und Appellantin unter Fristansetzung zur Beantwortung der Appellationsschrift Gelegenheit zu geben und nach durchgeführtem Schriftenwechsel die erlaufenen Acten nach Anleitung des Art. 8 der Verordnung des Regierungsrathes betreffend die Recurs- und Appellationsfristen im Verwaltungsfache vom 29. Juni 1844 ihm einzusenden; —

E. Mit Eingabe vom 16. v. M. werde nun von der Appellatin die Appellationsschrift mit Rücksicht darauf, daß der Mehrheit der Bürger von Neerach die Appellation durch den angeführten Regierungsbeschluß gestattet worden, auf folgende Weise beantwortet: Die Armengüter seien früher größtentheils nur aus den Gemeindegütern bestritten worden, weil die Armengüter zu diesem Behufe viel zu schwach gewesen seien; den Vorschriften des Gesetzes und der Behörden zufolge habe man aber die

Digitized by Google

Armengüter centralisiren müssen, und so sei es denn gekommen, daß alle Gemeindegüter genöthigt gewesen seien, den capitalisirten Betrag an die Armengüter abzutreten; in Neerach habe zwar früher ein Kappellengut bestanden, aus welchem die Armenausgaben bezahlt, hauptsächlich aber die Schulen in Neerach und Riedt unterhalten worden seien; die gesteigerten Anforderungen an die letztern haben aber die Ausgaben so bedeutend vermehrt, daß die Gemeinden Neerach und Riedt beschlossen haben, es seien die Beiträge an das Centralarmengut ganz auf die Gemeindegüter zu nehmen, und es sei das Kappellengut auf die beiden Schulen zu vertheilen; unter dem 14. October 1840 sei dann diese Theilung vom Bezirksrathe und am 20. März 1841 vom Regierungsrathe genehmigt worden; der Rückschlag des Gemeindegutes, welchen die Rechnung vom Jahre 1846 zeige, rühre lediglich von der Erbauung einer doppelten Lehrerwohnung, eines Thurmes auf dem Schulhause, der Anschaffung einer Uhr und Glocke, so wie endlich von der Herstellung von vier Brücken über den Mühlebach her, weßhalb eben die Gemeinde im Jahre 1845 einstimmig beschlossen habe, daß der Ertrag des Gemeindegutes so lange zu Gunsten der Gemeindekasse verkauft und nicht unter die Bürger vertheilt werden solle, bis die Kosten der Schulhausbaute gedeckt, resp. der Gemeindekasse ersetzt seien; was endlich die Bemerkung der Appellantin mit Bezug auf diejenigen Bürger von Neerach betreffe, welche sich außer der Gemeinde aufhalten, so verstehe es sich von selbst, daß dieselben zu rechter Zeit in Mitleidenschaft zu ziehen seien; im Uebrigen sei die Appellation nicht von der Gemeinde beschlossen worden:: —

in Erwägung:

1) Daß zwar von der Appellatin in ihrer Antwort auf die Appellationsschrift keine Ausstellungen gegen die Zulassung der Appellation gemacht werden, dieß jedoch, da die Appellatin in dem Eingange ihrer Antwortschrift bemerkt, es sei der Mehrheit der Bürger von Neerach die Appellation gegen das bezirksräthliche Urtheil durch den Beschluß des Regierungsrathes vom 22. März l. J.

Digitized by Google

gestattet worden, während in diesem Beschlusse lediglich der Grundsatz aufgestellt wurde: Es stehe nicht dem Bezirksrathe zu, über die Einhaltung der Appellationsfrist, Berechtigung zur Appellation u. s. f. einen Beschluß zu fassen, wol aber sei es Sache des Regierungsrathes, hierüber zugleich mit der Hauptsache in Einem Urtheile zu entscheiden, offenbar nur aus Irrthum geschieht, dieser Irrthum aber so beschaffen ist, daß um seinetwillen die von der Appellatin in dem, dem Beschlusse des Regierungsrathes vom 22. März 1848 vorangegangenen, Recursverfahren geltend gemachten Ausstellungen gegen die Zulassung der Appellation nicht außer Berücksichtigung fallen dürfen; —

2) daß, wenn nun auf diese Ausstellungen eingetreten wird, vor Allem die Einwendung, es sei die Appellationsfrist nicht eingehalten worden, da das erstinstanzliche Urtheil unter dem 21. September v. J. den Parteien zugestellt, die Appellationsschrift aber erst unter dem 15. October eingereicht worden sei, in Betracht kommt, diese Einwendung gegen die Zulassung der Appellation nicht Stich hält, da zugegebenermaßen das erstinstanzliche Urtheil erst unter dem 2. October der Gemeinde bekannt gemacht worden ist, die Fristen zur Ergreifung von Rechtsmitteln in Angelegenheiten, bei denen auf beiden Seiten Glieder derselben Gemeinde betheiligt sind, für dieselben nach constanter Praxis aber erst von dem Tage an laufen, an dem der Beschluß oder das Urtheil der ersten Instanz den Gemeinden bekannt gemacht wurde; —

3) daß auch die zweite von der Appellatin gegen die Zulässigkeit der Appellation erhobene Einwendung, welche dahin geht, es seien die Appellanten, welche Namens der Mehrzahl der Gemeinde zu appelliren erklären, da die Gemeinde die Appellation nicht beschlossen habe, folglich die Mehrheit der Gemeinde in zweiter Instanz nicht mehr wie in erster als Prozeßpartei erscheine, eine Veränderung in den Prozeßparteien in zweiter Instanz aber nicht

Digitized by Google

eintreten dürfe, zur Appellation nicht befugt, nicht gegründet ist, da, abgesehen davon, ob die Appellanten von der Mehrheit der Gemeinde zur Appellation bevollmächtigt worden, und selbst angenommen, es sei dieß nicht der Fall, und es handle sich also lediglich um die Frage, ob die Appellanten in zweiter Instanz die Stelle der in erster Instanz von der Gemeinde gebildeten Prozeßpartei einnehmen dürfen, diese Frage unter den obwaltenden Verhältnissen bejaht werden muß, da, wenn schon im Civilprozesse gemeinrechtliche und zureichende Gründe in zweiter Instanz eine Aenderung in der Person der Parteien eintreten lassen können, dieß im Administrativprozesse nicht minder gelten muß, in dem vorliegenden Falle aber wirklich zureichende Gründe, um den Appellanten zu gestatten, an die Stelle der Mehrheit der Gemeinde als Prozeßpartei zu treten, vorhanden sind, da es sich offenbar nicht rechtfertigen ließe, wenn eine Minderheit einer Gemeinde einen Gemeindsbeschluß erstinstanzlich angreifen dürfte, dann aber, wenn diese Minderheit vor erster Instanz durchgedrungen und die Mehrheit aus irgend welchen Gründen bei der erstinstanzlichen Entscheidung sich zu beruhigen geneigt wäre, einzelne von dieser Mehrheit, also eine andere Minderheit nicht befugt sein sollte, nun vor zweiter Instanz Aufrechthaltung des von der ersten Minderheit angefochtenen und erstinstanzlich aufgehobenen Gemeindsbeschlusses zu verlangen; —

4) daß, wenn somit die Appellation zuzulassen und demnach nur die Begründetheit der Appellation zu erörtern ist, vor Allem die Behauptung der Appellanten, es habe die Appellatin ihre Klage gegen die Mehrheit der Gemeinde um des angefochtenen Gemeindsbeschlusses willen nicht innerhalb der hiefür anberaumten Frist von 14 Tagen eingereicht, sich als unbegründet herausstellt, da der bestrittene Gemeindsbeschluß zugegebenermaßen am 3. Juli v. J. gefaßt wurde, die gegen denselben erhobene Klage aber

Digitized by Google

laut auf derselben angebrachter amtlicher Bescheinigung am 17. Juli eingereicht worden ist; —

5) daß es jedoch einer Gemeinde unbenommen bleiben muß, einen früher von ihr gefaßten Beschluß wieder aufzuheben, wenn nicht
   a) Dritte Privatrechte in Folge desselben erworben haben, oder
   b) die Vollziehung des Beschlusses begonnen hat, und darum, wenn er nun aufgehoben und deßhalb nicht weiter vollzogen würde, bedeutende Uebelstände in Aussicht ständen, nun aber in dem vorliegenden Falle,
      α) wenn Dritte Privatrechte in Folge des unter dem 15. Mai 1845 gefaßten und unter dem 3. Juli 1847 von der Gemeinde wieder aufgehobenen Gemeindsbeschlusses erworben haben, sie diese auf dem Civilwege geltend zu machen hätten und immer noch, auch falls der Gemeindsbeschluß vom 15. Mai 1845 auf dem Administrativwege nicht aufrecht erhalten würde, geltend machen könnten;
      β) der Beschluß vom 15. Mai 1845, wenn er auch bereits während zwei Jahren in Vollziehung gesetzt wurde, dessenungeachtet, ohne daß deßhalb irgend welche Uebelstände zu gewärtigen wären, nunmehr aufgehoben und nicht mehr weiter vollzogen werden kann, da die Bürgernutzungen, auf welche die Bürger während zwei Jahren Behufs Deckung der Schulbaukosten verzichtet, lediglich als Beitrag an diese letztern zu betrachten sind und ihr Rest auf dem durch das Gesetz vorgeschriebenen Wege gedeckt werden kann; —

6) daß überdieß die Aufhebung des Gemeindsbeschlusses vom 15. Mai 1845, nach dem nun aus den Bürgernutzungen ein Beitrag an die Schulbaukosten verabreicht worden, als gerechtfertigt erscheint, da, wenn es auch vollkommen angemessen ist, daß an eine außerordentliche Schulbaute aus dem Ertrage, je unter Umständen selbst aus

Digitized by Google

dem Stammvermögen des Gemeindegutes ein Beitrag gegeben werde, es auf der andern Seite als durchaus unbillig angesehen werden müßte, wenn die Kosten einer Schulbaute ausschließlich aus den den Bürgern zustehenden Nutzungen, so daß der Aermste und der Reichste gleich viel zu bezahlen hätte, und überdieß nur die Bürger und nicht auch die nicht minder als die Bürger von der Schule Nutzen ziehenden Niedergelassenen in Anspruch genommen würden, und nicht wenigstens mit durch Steuern, so daß die Begüterten mehr als die weniger Begüterten und neben den Bürgern auch die Niedergelassenen beizutragen hätten, bestritten werden wollten:: —

gefunden:

Es sei die Appellation begründet, und demnach

beschlossen:

1. Sei das erstinstanzliche Urtheil aufgehoben und habe es demnach bei dem angefochtenen Gemeindsbeschlusse vom 3. Juli 1847 sein Verbleiben, immer jedoch in der Meinung, daß die Bürgernutzungen, welche bis zu diesem Beschlusse gemäß dem frühern vom 15. Mai 1845 auf die Schulbankosten zu verwenden, zu diesem Zwecke bestimmt sein *sollen*; —

2. Trage die Appellantin die erst- und zweitinstanzlichen Kosten; —

3. Sei dieses Urtheil dem Bezirksrathe Regensberg mitzutheilen und für dasselbe beiden Parteien durch das Mittel des Statthalteramtes Regensberg Urkunde zuzustellen.

Digitized by Google

III.

Aus den obergerichtlichen Entscheidungen während der Monate Juni, Juli und August 1848. Mitgetheilt von Hrn. Obergerichtsschreiber Römer.

1. Bei einem Lieferungskaufe besteht das Interesse des Käufers bei nicht geschehener Leistung wenigstens in der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem höhern Marktpreise der Waare zur Zeit, wo sie geliefert werden sollte, da der Käufer, wenn der Verkäufer nach seiner Verpflichtung geleistet haben würde, denjenigen Werth, welchen die Waare zu Geld angeschlagen, damals hatte, in Handen gehabt hätte, weßhalb denn auch völlig gleichgültig ist, ob vielleicht der Käufer wegen besonderer Verhältnisse der Waare nicht hätte los werden können, oder sie später wieder für einen geringern Preis verkauft, oder sogleich an Dritte um niedrige Preise oder theilweile umsonst abgegeben hätte; — übrigens kann das Interesse sich um besonderer Umstände willen auch auf eine höhere Summe als die Preisdifferenz belaufen (vgl. Thöl, Handelsrecht, 2te Auflage, §§. 70 u. 86). (Civilprot. vom 8. Juni 1848 i. S. Fischenthal c. Hüni.)

2. Die geschehene Streitverkündung hebt die Pflicht der Hauptpartei (des Verkündenden) den Prozeß fleißig und so gut, als es ihm mit den ihm bekannten und zu Gebote stehenden Hülfsmitteln möglich ist, zu führen, nicht auf, und dieselbe schließt somit die Einrede, daß der Streit nur durch seine Schuld verloren gegangen sei, nicht aus. (Civilprot. vom 10. Juni 1848 i. S. Brunner.)

Digitized by Google

3. S. belangt die Gebrüder F—F. und F—St. für eine Wechselforderung durch den schnellen Rechtstrieb. Der Gemeindeammann zögert mit der Versilberung und es erklärt inzwischen F—F. seine Insolvenz. S. beschwert sich bei dem Bezirksgerichte P. über das Verfahren des Gemeindeammannamtes, worauf das Bezirksgericht dem letztern wegen ihm zur Last fallender Zögerung eine Ordnungsbuße von 8 Fr. auflegt, in der Hauptsache aber erklärt, daß, da die Pfandobjecte den beiden Schuldnern gemeinschaftlich gehören, der eine derselben aber sich im Concurse befinde, die Versilberung nicht mehr stattfinden könne. Hiegegen recurrirt S.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß zwar gemäß §. 43 des Gesetzes über die Schuldbetreibung die Versilberung eingeschriebener Pfande gegen den Gemeinschuldner gehindert wird und somit, weil nach Inhalt des auf die Gebrüder F. zu Gunsten des Recurrenten herausgekommenen Pfandscheines die Pfandgegenstände den genannten Gebrüdern F. gemeinschaftlich gehören, die Versilberung der angeblich dem in Concurs gerathenen F—F. zustehenden Hälfte nicht vor sich gehen kann; —
2) daß dagegen hinsichtlich der dem noch aufrechtstehenden Bruder F—St. gehörigen Hälfte der Versilberung Nichts im Wege steht und der Creditor, welcher nach §. 49 desselben Gesetzes die Versilberung „sogleich" zu verlangen befugt ist, nicht genöthigt werden kann, bloß wegen des eingetretenen Concurses eines Mitschuldners sich die Verzögerung der Vollstreckung gegen den aus solidarer Haft mithetriebenen noch solventen andern Mitschuldner gefallen zu lassen; —
3) daß daher das Bezirksgericht, indem es die Einstellung der Versilberung überhaupt, also auch der ideellen Hälfte des F—St. genehmigte, die Bestimmungen des Gesetzes über die Schuldbetrei-

Digitized by Google

bung nicht gehörig zur Anwendung gebracht hat, vielmehr den Gemeindeammann hätte anweisen sollen, unverzüglich die Versilberung des (ideellen) Antheiles des F—St. an den Pfandobjecten vorzunehmen, vorbehältlich der nach §. 50 des citirten Gesetzes zulässigen Nachpfändung bei F—St. für den Mindererlös, resp. der Obstignation, und unbeschadet des Pfandrechtes des Recurrenten an dem dem F—F. gehörigen Antheile an den Pfandobjecten, so wie allfälliger weiterer Rechte, welche Ersterer zu haben vermeinen sollte:: —

beschlossen:

Sei der Recurs begründet, und daher das Bezirksgericht, resp. dessen Präsidium, angewiesen, im Sinne der Erw. 3 zu verfahren. (Justizprot. vom 20. Juni 1848, Nr. 2.)

---

4. B. betreibt den S. für ein grundversichertes Capital. S. entfernt sich. Auf Begehren des B. setzt das Bezirksgericht dem S. durch Aufruf Frist an, um sich darüber auszuweisen, daß er den B. befriedigt habe oder bereit sei, demselben im hiesigen Canton Rede zu stehen. Nun gibt D. bei dem Bezirksgerichte die Erklärung ab, daß er bereit sei, den S. zu vertreten und die Ansprache des B. bestreiten werde. Hierauf begehrt B., daß der Concurs sofort gegen den S. eröffnet, eventuell daß gegen dessen Bevollmächtigten der Rechtstrieb da fortgesetzt werde, wo er stehen geblieben sei. Diesem Begehren wird nicht entsprochen.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß das auf sofortige Eröffnung des Concurses gerichtete Hauptbegehren sich schon mit dem wörtlichen Inhalte des der Bestimmung des §. 73 des Gesetzes über die Schuldbetreibung entsprechenden Aufrufes, wie er in Folge des bezirksgerichtlichen Beschlusses vom 8. v. M. unter dem 12. gl. M. publicirt worden ist, nicht ver-

Digitized by Google

trägt, indem der Concurs nur auf den durch die Dazwischenkunft des D. beseitigten Fall angedroht worden ist, daß der Aufgerufene sich binnen Frist über eine mit dem Ansprecher stattgefundene Verständigung oder darüber, daß er dem letztern Rede und Antwort zu geben bereit sei, nicht ausweisen würde; —

2) daß aber auch das eventuelle Gesuch, den Rechtstrieb „von dem Momente an" fortgehen zu lassen (unter welchem etwas räthselhaften Ausdrucke gemeint zu sein scheint, daß die seiner Zeit versuchte Anlegung des Rechtsbotes als eine wirklich geschehene betrachtet und die Betreibung als nie unterbrochen behandelt werde, was dann freilich wieder auf sofortige Concurseröffnung führen würde), sich als eben so unbegründet darstellt, da der cit. §. 74 eine solche Folge an die zur Zeit der Fälligkeit der Schuld oder der versuchten Anhebung des Rechtstriebes stattfindende Abwesenheit des Schuldners nicht knüpft und, insofern es einen Abwesenden nicht der Gefahr, möglicherweise für ganz unbegründete oder durch erhebliche und durchgreifende Einreden zu eludirende Forderungen in Auffall zu gerathen, aussetzen wollte, auch nicht knüpfen konnte:: —

beschlossen:

Sei der Recurs unbegründet. (Justizprot. vom 22. Juni 1848, Nr. 6.)

---

5. In Ermangelung besonderer gesetzlicher Bestimmungen hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit für Polizeivergehen müssen im Zweifel die Bestimmungen des §. 63 des Strafgesetzbuches auch hier ihre Anwendung finden, um so mehr, als nicht einzusehen ist, warum bei Polizeivergehen, auf welche verhältnißmäßig nur unbedeutende Strafen gesetzt sind, die Zurechnungsfähigkeit eine entferntere sein solle, als bei Verbrechen, die unter Umständen eine sehr hohe Strafe nach sich ziehen. (Criminalprot. vom 17. Juni 1848 i. S. Boßhard)

Digitized by Google

6. Die W. stellt bei dem Präsidenten des Bezirksgerichtes das Gesuch, daß ihrem Ehemanne, welcher eine für ihr Weibergut verpfändete Waldung auf unwirthschaftliche Weise benutze, das weitere Abschlagen von Holz untersagt werde. Nun beschließt das Bezirksgericht, es soll eine dießfällige Untersuchung durch eine gerichtliche Commission unter Zuzug eines Experten vorgenommen werden. Ueber diesen Beschluß beschwert sich die W.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

Daß es sich gegenwärtig lediglich um ein von dem Präsidenten des Bezirksgerichtes in seiner Einzelcompetenz an den Impetraten als vorläufige Maßnahme zu erlassendes Verbot, weiter auf den der Impetrantin verpfändeten Grundstücken Holz abzuschlagen, handeln kann, weßhalb das Bezirksgericht das an dasselbe gerichtete Gesuch sofort dem Bezirksgerichtspräsidenten zur Erledigung hätte zustellen sollen, welchem dann, da dem Gesuche irgend ein Nachweis für die Richtigkeit der Behauptung der Impetrantin, daß Impetrat auf eine den Verhältnissen nicht entsprechende, einer angemessenen wirthschaftlichen Bewerbung der Unterpfande zuwiderlaufende und die Sicherstellung des Weibergutes gefährdende Weise Holz abschlage, nicht beilag, dieselbe sich aber ausdrücklich auf Untersuchung durch einen Sachverständigen berufi, obgelegen hätte, den Gemeindeammann oder eine andere geeignete Person als Experten anzuweisen, ihm (dem Bezirksgerichtspräsidenten) Bericht über den Sachverhalt zu erstatten und zugleich dem Impetraten Gelegenheit zur Beantwortung des impetrantischen Begehrens zu geben, sodann seine Verfügung zu erlassen, und zwar bei Entsprechung des Begehrens unter Fristansetzung an die Impetrantin zum Ausweis bei ihm (dem Bezirksgerichtspräsidenten) darüber, daß sie beim competenten Gerichte friedensrichterliche Weisung mit Bezug auf ihr Begehren eingereicht habe, verbunden mit der Androhung, daß sonst die Verfügung erlöschen würde:: —

Digitized by Google

beschlossen:

Sei der Recurs theilweise begründet, mithin die recurrirte Verfügung aufgehoben, der Bezirksgerichtspräsident aber angewiesen, gemäß der Erwägung zu verfahren. (Justizprot. vom 3. Juli 1848, Nr. 1.)

---

7. G. betreibt den M. und Mithafte für 65 fl. als Zins eines grundversicherten Capitals; M. legt seine Rata von 3 fl. 20 ß. hinter Recht, worauf der Präsident des Bezirksgerichtes gegenüber dem M. die Rechte stellt. Hiegegen recurrirt G., gegründet darauf, daß die Warnung vor dem Auffalle bereits ausgefertigt gewesen sei, als M. seine Rata hinter Recht gelegt habe, also nach §. 61 des Gesetzes über die Schuldbetreibung Rechtsvorschlag nicht mehr habe ertheilt werden dürfen.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

Daß die recurrirte Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums, wodurch die Betreibung eines Einzinsers nach stattgefundener Hinterrechtlegung des ihn treffenden Antheiles an der Schuld, für welche getrieben wird, nach erfolgter Warnung vor dem Auffalle gestellt wurde, als dem §. 61 des Gesetzes über die Schuldbetreibung zuwiderlaufend keineswegs angesehen werden kann, da die fragliche Rechtsstellung nicht die Bedeutung und Wirkung der Ertheilung eines Rechtsvorschlages wegen Nichtanerkennung der betreffenden Forderung, sondern offenbar einzig den Zweck hat, den zur Zahlung seiner Rate bereiten Einzinser gegen die Folgen der Saumseligkeit seiner Miteinzinser dadurch zu schützen, daß dem Rechtstriebe gegen Erstern einstweilen Einhalt gethan, demjenigen gegen die säumigen Miteinzinser aber, bis auch sie ihre Beiträge leisten oder zum Concurse gebracht sein werden, der Fortgang belassen wird, — ein Verfahren, welches

Digitized by Google

nicht nur dem Gerichtsgebrauche völlig entspricht, sondern auch sich als ein durchaus gerechtes und angemessenes darstellt, weil der einzelne Einzinser dem Gläubiger zunächst bloß für seinen Antheil und nur subsidiär für die Antheile der übrigen haftet, die Bezahlung seines Antheiles aber dem dazu bereiten Einzinser unmöglich wäre, da der Gläubiger, der sich um die Raten, mit welchen die Einzinser betheiligt sind, nicht zu bekümmern, auch sie nicht einzeln abzunehmen braucht, sondern die Zahlung des Ganzen aus Einer Hand verlangen kann, ohne allen Zweifel die Annahme des Antheiles des bereiten Einzinsers verweigern und ihn so in den Fall setzen würde, entweder trotzdem, daß er seinen Theil zahlen konnte und wollte, lediglich wegen der Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsflüchtigkeit seiner Miteinzinser zum Concurse getrieben oder genöthigt zu werden, sofort auch für letztere Zahlung zu leisten, wozu er, bis diese selbst ausgetrieben sind und die subsidiäre Haft des Miteinzinsers ihre Wirkung äußert, nicht verpflichtet ist:: —

mit Einmuth beschlossen:

Sei der Recurs unbegründet, jedoch dem Präsidenten des Bezirksgerichtes aufgegeben, künftig in ähnlichen Fällen sich in seiner Verfügung zu Vermeidung ähnlicher Mißverständnisse der Gläubiger klarer auszudrücken, namentlich beizufügen, daß der Rechtstrieb gegen die übrigen Einzinser seinen Fortgang habe, bis der Gläubiger für die betreffende Forderung befriedigt sein werde oder die säumigen Einzinser ausgetrieben seien, in welchem letztern Falle die Rechte gegen den oder die Deponenten für den die Ausgetriebenen treffenden Betrag wieder geöffnet würden. (Justizprot. vom 4. Juli 1848, Nr. 6)

---

8. Rudolf B., als Vogt der Erben des Heinrich B., betreibt den Jacob B. für 184 fl. Capital nebst Zinsen; Letzterer wirft Rechts-

Digitized by Google

vorschlag aus, darauf gegründet, daß er die Liegenschaften, auf welchen jenes Capital hafte, an den D. verkauft und diesem die Schuld angewiesen habe. Es wird Rechtsöffnung ertheilt und dagegen recurrirt.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß ein Schuldner nicht befugt ist, einseitig und ohne Zustimmung des Gläubigers sich durch Ueberbindung seiner Schuld an einen Andern seiner Verpflichtung zu entziehen und dem Gläubiger gegen seinen Willen einen andern Schuldner aufzudringen; —

2) daß somit, da Recurrent bisanhin aus Kauf Schuldner seiner Geschwister für den in Rede stehenden Betrag gewesen zu sein nicht bestreitet und die erfolgte Einwilligung des Vogtes der Gläubigerschaft oder der Vormundschaftsbehörden, beziehungsweise die durch dieselben erfolgte Annahme des Käufers als neuen Schuldner nicht behauptet, er auch noch fortdauernd als Schuldner erscheint, also die recurrirte Rechtsöffnung sich völlig rechtfertigt und dem Recurrenten, wenn er glaubt, daß der Vogt ohne Nachtheil der Bevogteten, ja zu ihrem Vortheile sich die Ueberbindung der Schuld auf den Käufer hätte gefallen lassen und letztern als Schuldner annehmen können, lediglich überlassen bleibt, sich mit seinem bießfallsigen Gesuche an die Vormundschaftsbehörden zu wenden:: —

mit Einmuth beschlossen:

Sei der Recurs unbegründet. (Justizpr. vom 4. Juli 1848, Nr. 8.)

---

9. Die Ehefrau ist nicht verpflichtet, dem Ehemanne das während der Ehe bezogene Spargut zuzusetzen. (Civilprot. vom 1. Juli 1848 i. S. Sulzberger c. Honegger.)

---

10. Ueber die Frage, ob dem Spargute der Ehefrau das Privilegium des Weibergutes zustehe, hat das Obergericht in einem Specialfalle folgende Ansicht ausgesprochen:

Digitized by Google

Daß zwar das fragliche Privilegium sich lediglich auf das von der Ehefrau dem Manne zugebrachte Vermögen (das eigentliche Weibergut) beziehe, woran dem Ehemanne als ehelichem Vormunde die Verwaltung und Nutznießung zukommt, somit nicht ausgedehnt werden dürfe auf den Theil des Vermögens der Frau, welcher als Spar- oder Sondergut (bei uns Sparhafen genannt) nicht Theil des ungezweiten Gutes und somit der Verwaltung und Nutznießung des Mannes nicht unterworfen, sondern — getrennt von dem übrigen Weibergute — ihrer (der Ehefrau) ausschließlicher Verwaltung, Verfügung und Nutznießung anheimgestellt sei: — wobei, sofern die Frau aus diesem Gute dem Manne Vorschüsse oder Darlehen mache, sich der Charakter des Spargutes nicht ändere, vielmehr sie lediglich Creditorin des Mannes werde: — diese Grundsätze aber in vorliegendem Falle darum nicht zur Anwendung kommen, weil die Klägerin die ihr während der Ehe als ihr Spargut von ihrem Vater ausbezahlte Summe nach Erw. 3 niemals als Sondergut besessen und als solches selbstständig verwaltet und benutzt hat, sondern dieselbe gleich von Anfang an dem Manne zusetzte und gleich dem ihr nachher angefallenen elterlichen Erbgute der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes überließ, so daß es damit in allen Beziehungen ganz gleich wie mit ihrem übrigen Vermögen gehalten wurde, weßhalb denn auch kein Grund vorhanden ist, ihr hiefür das gesetzliche Privilegium des Weibergutes zu entziehen. (Civilprot. vom 1 Juli 1848 i. S. Sulzberger c. Honegger.)

---

11. Der Beweis dafür, daß von dem Beklagten ausdrücklich vor Pfarramt zu Protokoll erklärt worden, daß er sich als Vater bekenne, somit seine Absicht dahin gegangen sei, daß diese Erklärung vom Pfarrer im Protokolle vorgemerkt werde, stellt sich als erheblich dar, da es sich hier offenbar nicht um Aeußerungen handelt, welche wegen der Vermite-

Digitized by Google

lung vor dem Sühnbeamten gestossen sind (in welchem Falle allerdings hierauf keine Rücksicht genommen werden könnte), also auch die Bestimmungen des §. 74 a des organischen Gesetzes, wonach die Weisung einzig Namen und Begehren der Parteien und die Bemerkung, daß eine gütliche Ausgleichung nicht erhältlich gewesen sei, enthalten soll, hier keinerlei Anwendung finden können. (Civilprot. vom 4. Juli 1848 i. S. Schneider c. Wettstein.)

---

12. A läßt den B rechtlich betreiben; es werden mehrere Fässer Wein gepfändet, aber im Besitze des Schuldners gelassen, welcher später den Wein an den C verkauft, so zwar, daß er (B) dem C den Schlüssel zu dem Keller, in welchem der Wein sich befindet, übergibt. B geräth in den Concurs, und es entsteht nun Streit über die Frage, wem der Wein gehöre, indem A sein Pfandrecht geltend macht unter der Behauptung, daß er (A) vor dem stattgehabten Verkaufe von dem Gemeindeammanne verlangt habe, daß der gepfändete Wein solle in amtliche Verwahrung genommen werden, also derselbe zur Zeit des Verkaufes dem B nicht mehr anvertraut gewesen sei, während C behauptet, A habe die Pfande dem B anvertraut, es habe also der Verkauf gültigerweise stattgefunden.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß mit Bezug auf die hinsichtlich des anvertrauten Gutes zur Anwendung kommenden Grundsätze lediglich auf Erw. 1 und 2 des bezirksgerichtlichen Urtheils verwiesen werden kann, wonach der Pfandgläubiger, wenn er die Pfande freiwillig im Besitze des Schuldners gelassen hat, dieselben, sofern sie ein Dritter in gutem Glauben von dem Schuldner erwirbt, nur gegen Ersatz des von dem Erwerber dafür ausgelegten Preises wieder zur Realisirung seines Pfandrechtes herausverlangen kann; —

Digitized by Google

2) daß Pfande, welche ein Gläubiger in Folge Rechtstriebes erlangt hat, so lange als dem Schuldner anvertraut zu betrachten sind, als sie sich in dessen Besitze befinden; —

3) daß, um zu bewirken, daß das Anvertrauen aufhöre, es unmöglich genügen kann, daß der Pfandgläubiger seinen bloßen Willen, dem Debitor den Besitz zu entziehen, ausgesprochen habe, vielmehr hiebei offenbar einzig der Umstand entscheidet, ob der Entzug des Besitzes eingetreten sei oder nicht; —

4) daß, hievon ausgegangen, darauf Nichts ankommt, ob die amtliche Verwahrung der fraglichen Pfande verlangt gewesen sei, und daher, sobald beim Verkaufe der Pfande von Seite des Debitors an einen Dritten die amtliche Verwahrung noch nicht eingetreten war und der Schuldner sich noch im Besitze der fraglichen Objecte befand, die gewöhnlichen Grundsätze von der Lehre vom anvertrauten Gute zur Anwendung kommen; —

5) daß die Annahme des Bezirksgerichtes, das Obergericht habe sich früher unter dem 28. April 1842 in Sachen Boßhard dahin ausgesprochen, es könne von einem Anvertrauen von Pfanden keine Rede mehr sein, sobald die amtliche Verwahrung verlangt worden, auf einem offenbaren Uebersehen beruht, da jene Stelle dahin lautet, daß ein durch Rechtstrieb erhaltenes Pfand so lange als dem Schuldner anvertraut angesehen werden müsse, als der Gläubiger es in dem Besitze des Schuldners lasse und nicht die amtliche Verwahrung erlange [nicht verlange], somit das Obergericht ganz von der in Erw. 4 ausgesprochenen Ansicht ausgegangen ist, und wie sich aus dem Zusammenhange und den factischen Ergebnissen jenes Falles ergibt, dort die amtliche Verwahrung wirklich stattgefunden hatte; —

6) daß nun, da von Seite der Beklagten nicht einmal behauptet wird, daß der Wein wirklich in amtlicher Verwahrung sich befunden habe, Kläger bei seinem Eigenthume geschützt werden muß, sofern er

Digitized by Google

den Beweis dafür zu erbringen vermag, daß er die zu Gunsten des Beklagten gepfändeten Piecen Wein in gutem Glauben käuflich erworben, nun aber, da von den Beklagten bestritten wurde, daß eine gültige Eigenthumsübertragung von Seite des B. an den Kläger stattgefunden habe, Letzterm vorerst der dafür anerbotene Beweis abgenommen werden muß: : —

mit Einmuth beschlossen:

Sei das Urtheil des Bezirksgerichtes aufgehoben und seien die Acten an dasselbe zurückgewiesen mit dem Auftrage, dem Kläger den von ihm weiter anerbotenen Beweis, daß die fraglichen sieben Piecen Wein an ihn verkauft und tradirt worden seien, abzunehmen, vorbehältlich des directen und indirecten Gegenbeweises der Beklagten. (Civilprot. vom 3. Juli 1848 i. S. Voigt c. Rathgeb.)

---

13. Die Frage, ob nach dem Grüninger Amtsrechte dem jüngsten Sohne ein Vorrecht auf das Wohnhaus des Vaters zustehe, hat das Obergericht folgendermaßen beantwortet:

Daß nicht anzunehmen ist, daß die Bestimmung des Stadterbrechtes, Thl. II. §. 12, nach welcher bei der väterlichen Verlassenschaft der jüngste Sohn vor seinen Brüdern ein Vorrecht auf das Wohnhaus des Vaters hat, im Kreise des Grüninger Amtsrechtes gelte, wenn berücksichtigt wird, daß zur Zeit der Abfassung des Statutes (erneuert im J. 1668, Pestalutz, Thl. I. S. 57) dasselbe unzweifelhaft nicht gegolten, indem das Statut hievon Nichts enthält, wie denn selbst in das Stadtrecht die Bestimmung erst durch das Erbrecht von 1716 ausdrücklich eingeführt wurde, wenn sie auch hier schon früher mag in Uebung gewesen sein, und nun gewiß nicht angenommen werden darf, daß jede Bestimmung des Stadterbrechtes, der nicht ausdrückliche directe Worte eines Statutes entgegenstehen, in dessen Kreise gelten sollte, vielmehr es auf den Zusammenhang

Digitized by Google

der Bestimmungen, ihre Beziehungen zu dem übrigen Erbrechte und den vorhandenen Verhältnissen ankommt, da durch das Stadterbrecht nur wirkliche Lücken in den Statuten ausgefüllt werden sollen, das Grüninger Statut nun aber in Art. 11 Bestimmungen über die Theilung unter Kindern enthält, die an sich ganz genügend sind und für die ländlichen Verhältnisse passen, nämlich daß jeder Sohn zwei Theile, jede Tochter einen Theil erhalten sollen, und die Söhne berechtigt seien, die Liegenschaften in billigem Preise sich vorzugsweise an ihren Theilen zuschreiben zu lassen, allerdings nun zwar an sich ein Vorrecht des jüngsten Sohnes daneben nicht unmöglich wäre, aber da die Theilung im Ganzen nicht nach Stadterbrecht, sondern nach einem Ortsstatut geschieht, sich gewiß nicht von selbst präsumiren läßt, daß eine einzelne untergeordnete Bestimmung über Theilungsmodus aus dem Stadterbrechte angewendet werden müsse, bloß weil der Wortlaut des Statutes nicht directe entgegensteht, zumal eine Bestimmung, die auf die ländlichen Verhältnisse überhaupt nicht recht passen würde, woraus dann folgt, daß sich nur noch fragen kann, ob sich jene Bestimmung etwa durch Gewohnheitsrecht im Kreise des Grüninger Statutes geltend gemacht habe, ein solches nun aber besonders herzustellen wäre und nun von dem Kläger ein Beweis nicht angeboten wurde. (Civilprot. vom 11. Juli 1848 i. S. Guyer c. Guyer.)

---

14. Die Kanzlei des aargauischen Bezirksgerichtes B. betreibt den B. und G. in Dietikon für Buße und Kosten, gestützt auf ein von jenem Bezirksgerichte ausgefälltes Contumazurtheil betreffend Jagdfrevel. Der Präsident des Bezirksgerichtes ertheilt Rechtsvorschlag, später Rechtsöffnung, wogegen die Betriebenen recurriren.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

Digitized by Google

Daß der Stand Aargau dem Concordate vom 7. Juni 1810, bestätigt den 9. Juli 1818, nach welchem die concordirenden Stände bei allgemein anerkannten Polizeivergehen die Stellung der Schuldigen gestatten wollen, worunter indessen nach der Auslegung vom 27. Juni 1840 nur zu verstehen ist, daß die den Fehlbaren betreffenden Requisitorialien der Behörden anderer Cantone demselben amtlich insinuirt werden sollen, mit der Aufforderung, der Insinuation Folge zu leisten, ohne daß der Fehlbare auf irgend eine Weise durch Anwendung von Zwangsmitteln anzuhalten wäre, sich wirklich vor der requirirenden Behörde zu stellen — nicht beigetreten ist, weßhalb ein aargauisches Gericht zürcherische Angehörige, die sich nicht in seiner Gewalt befinden, wegen Uebertretung eines aargauischen Polizeigesetzes auch nicht vor sein Forum ziehen kann und eben so wenig eine Verpflichtung der zürcherischen Behörden vorhanden ist, ein gleichwol von einem solchen gegen hiesige Angehörige in einem Polizeifalle ausgefälltes Contumacialurtheil zu vollziehen :: —

mit Einmuth beschlossen:

Sei der Recurs begründet und die provisorisch verfügte Rechtsstellung bestätigt. (Justizprot. vom 15. August 1848, Nr. 21.)

---

15. In dem Prozesse des S. c. F. handelt es sich um Ermittelung des Werthes von Gebäuden und Grundstücken. Die Parteien tragen auf Expertise an; allein das Bezirksgericht findet dieselbe hinsichtlich der Gebäulichkeiten darum überflüssig, weil die Schatzung der Cantonalassecuranz genüge; betreffend die Liegenschaften ernennt das Bezirksgericht einen Experten, welchen der Beklagte nur eventuell vorgeschlagen hat. Ueber Beides beschwert sich Letzterer.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

Digitized by Google

1) Daß, da ein im Laufe eines Prozeſſes erloſſener Beſchluß in der Regel nicht, ſondern nur dann Gegenſtand eines ſelbſtſtändigen Recurſes iſt, wenn durch einen ſolchen entweder materielle Rechte des Recurrenten verletzt oder bedroht oder ſonſt Intereſſen desſelben weſentlich und ſo, daß eine allfällig nöthige Abhülfe ſpäter nicht leicht erfolgen könnte, gefährdet oder deſſen auf Geſetz und Uebung beruhende prozeſſualiſche Rechte gekränkt würden, vorerſt der erſte der von dem Recurrenten angeregten beiden Beſchwerdepunkte, nämlich die Nichtannahme einer eigenen Expertenſchatzung für die Gebäude, ſich überall nicht zum ſelbſtſtändigen Recurſe eignet, indem er unter die Ausnahmsfälle gar nicht gehört und es übrigens Sache des Richters, vor dem ein Rechtsſtreit verhandelt wird, iſt, zu ermeſſen, ob es für eine gewiſſe Thatſache überhaupt eines Beweiſes, beziehungsweiſe eines andern Beweiſes, als welchen er bereits in den Acten zu finden glaubt, bedürfe, daher es der obern Inſtanz nicht zukommen kann, dem von ihr in ſeiner Rechtfindung und Rechtſprechung völlig unabhängigen untern Richter ihre etwa abweichende Anſicht aufzudringen; —

2) daß, was dann aber die zweite Beſchwerde (Nichternennung des von dem Recurrenten in erſter Linie vorgeſchlagenen Sachverſtändigen für die Liegenſchaftsſchatzung) anbetrifft, ein prozeſſualiſches Recht des Recurrenten keineswegs als verletzt erſcheint, zumal dießſeitige Stelle immer von der Anſicht ausgegangen iſt, daß Sachverſtändige vorzugsweiſe Gehülfen des Richters ſeien und deren Ernennung ihm zuſtehe, in der Art zwar, daß den Parteien allerdings mit Hinſicht auf die Perſonen der Experten Vorſchläge zu machen geſtattet ſei, welche, wenn von der Gegenpartei keine Einwendungen erhoben werden und daher unter den Streitenden dießfalls Einverſtändniß ſtattfindet, in Berückſichtigung fallen, — dieſes nun aber im vorliegenden Falle geſchehen iſt, indem der ernannte Sachverſtändige von dem Recurrenten ſelbſt

Digitized by Google

ist vorgeschlagen worden, und wenn dieß auch mit dem Zusatze „eventuell" geschah, dieß um so weniger eine Abänderung des betreffenden Beschlusses zu rechtfertigen vermöchte, als jener von dem Recurrenten nicht näher entwickelte Ausdruck ganz gut so aufgefaßt werden konnte, es werde ihm (dem Recurrenten) auch der in Rede stehende Schätzer recht sein, wenn er überhaupt von dem Gerichte anstatt des an erster Stelle bezeichneten aus irgend einem Grunde, sei es, weil die Gegenpartei gegen letztern Einwendung mache, sei es, weil das Gericht den erstern sonst vorziehe, ernannt werde:: —

mit Einmuth beschlossen:

Finde der Recurs theils nicht statt, theils sei er unbegründet. (Justizprot. vom 17. August 1848, Nr. 9.)

---

16. E. besitzt einen Pfandschein auf den S. und verlangt Versilberung. Ehe sie vollzogen wird, geräth S. in den Concurs, welcher aber in der Folge mit Zustimmung sämmtlicher Gläubiger aufgehoben wird. Nun begehrt E. neuerdings Versilberung, worauf S. bei dem Bezirksgerichtspräsidenten Sistirung verlangt, darauf gegründet, daß auch E. seine Zustimmung zu der Aufhebung des Concurses gegeben, somit auf sein Pfandrecht verzichtet habe. Der Bezirksgerichtspräsident weist den S. ab, welcher nun recurrirt.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß — weil das gegen einen Schuldner stattfindende Concursverfahren bezweckt, dessen vorhandenes Vermögen unter seine sämmtlichen Gläubiger wegen formell feststehender Unzulänglichkeit seines Vermögens zu voller Befriedigung Aller, nur in der Reihenfolge und dem Maße, wie die Gesetze es bestimmen, zu vertheilen, dieser Zweck aber nur erreicht wird, wenn alle Gläubiger gemeinschaftlich

Digitized by Google

und gleichzeitig ihre Forderungen und Ansprüche nach den Formen und Regeln des Concursverfahrens geltend machen müssen, zwar hieraus von selbst folgt, daß mit der Einleitung des Concurses jede abgesonderte Execution für die einzelnen Ansprüche, also auch die Aufhebung, resp. Fortsetzung aller gegen den Gemeinschuldner obwaltenden Betreibungen unmöglich, ganz und gar aber nicht, daß der bis dahin stattgefundene Rechtstrieb an sich aufgehoben oder als nicht geschehen betrachtet wird; —

2) daß daher, sobald der Concurs selbst nicht zur Ausführung kommt, und damit der abgesonderten Geltendmachung jeder einzelnen Ansprache Nichts mehr im Wege steht, auch das Hinderniß der Aufhebung, resp. Fortsetzung einer Betreibung wegfällt und somit jeder einzelne Creditor zu dem Schuldner wieder in diejenige Lage zurücktritt, in welcher er sich vor der Einleitung des Concurses befand, es wäre denn, daß er darauf verzichtet oder sonst eine mit seiner früheren Stellung unvereinbare Erklärung abgegeben hätte; —

3) daß nun aber in dem von dem Recurrenten erwähnten Scheine des E. ein solcher Verzicht oder irgend eine Erklärung, welche ihn hindern würde, sein vor der Einleitung des Concurses erlangtes Recht, Versilberung der Pfande zu verlangen, geltend zu machen, auf keine Weise liegt, und namentlich darin gar nicht, wie Recurrent meint, „eine gänzliche Abstellung“ (der Betreibung) oder „eine Liberation“ (und zwar weder mit Rücksicht auf die erworbenen Pfande, noch etwa gar mit Hinsicht auf die Forderung selbst), sondern nichts weiter, als die mit der sofortigen Fortsetzung des früheren Rechtstriebes sehr wol vereinbare Einwilligung, daß der (nicht von dem E.) verlangte Concurs keinen weiteren Fortgang habe, sondern aufgehoben werden könne, enthalten ist:: —

mit Einmuth beschlossen:

Sei der Recurs unbegründet. (Justizpr. vom 17. Aug. 1848, Nr. 10.)

Digitized by Google

17. S. betreibt die bevogteten Gebrüder B. für 72 fl. 20 ß. laut Schuldscheines. Der Vogt der Betriebenen wirft Rechtsvorschlag aus, darauf gegründet, daß die fragliche Schuldverpflichtung nicht waisenamtlich genehmigt worden sei. S. sucht um Rechtsöffnung nach, gestützt darauf, daß die fragliche Schuld für Lieferung von Lebensmitteln entstanden sei, welche die Betriebenen theils zu eigenem Unterhalt, theils zu demjenigen ihrer Eltern bezogen, also die Zustimmung des Vogtes genügt habe. Die Rechtsöffnung wird verweigert, weßhalb S. recurrirt.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß von Seite des jetzigen Vogtes des Jacob und Conrad B. weder gegen die Aechtheit der auf dem Scheine vom 2 September 1847 vorfindlichen Unterschrift des Heinrich B., noch gegen seine Eigenschaft als damaliger Vogt der benannten Jacob und Conrad B., noch endlich dagegen, daß diese letztern wirklich von dem Recurrenten Lebensmittel in dem Betrage von 72 fl. 20 ß. theils zum eigenen Unterhalte, theils zu demjenigen ihrer Eltern bezogen, mit deren Haushaltung sie gelebt haben, Einwendung erhoben, auch nicht etwa behauptet wird, es sei die Bedingung, an welche die Zahlungspflicht geknüpft worden ist, nämlich die Fortdauer ihrer Anstellung, nicht in Erfüllung gegangen, wie denn auch aus dem Attestatte ihrer gewesenen Dienstherren, der Gebrüder S., vom 4. Juli sich ergibt, daß die Entlassung des Jacob B. erst am 8 April und diejenige des Conrad B. am 8. Mai d. J. stattgefunden habe, woraus hervorgeht, daß, wenn dem eingegangenen Versprechen gemäß am 4. December 1847 10 fl und von da an je zu 14 Tagen wieder 10 fl. wären bezahlt worden, die ganze Schuld vor Entlassung des Jacob B. (8. April) abgetragen gewesen wäre; —

2) daß vielmehr die einzige Einrede von der nicht erfolgten Zustimmung der Vormundschaftsbehörden hergenommen ist, diese aber

Digitized by Google

wol sofort als unbegründet verworfen werden müßte, wenn die Schuld, um die es sich handelt, bloß für den Unterhalt und Bestreitung der Bedürfnisse der Bevogteten selbst entstanden wäre, weil diejenigen Geschäfte und Verrichtungen eines Vogtes, zu deren Gültigkeit und Rechtsverbindlichkeit für die Bevogteten die Genehmigung der Vormundschaftsbehörden, sei es des Waisenamtes (Gemeinderathes) allein oder auch des Bezirksrathes, erforderlich ist, in den §§. 48 und 50 des Vormundschaftsgesetzes speciell aufgezählt sind, ohne daß die Contrahirung, resp. Anerkennung von Schulden und Verbindlichkeiten im Allgemeinen und soweit sie nicht ihrem Entstehungsgrunde nach oder mit Rücksicht auf ihre Modalitäten unter die in den cit. Paragraphen bezeichneten Ausnahmen fallen, darunter begriffen wäre, während die Bestimmung des §. 49 des cit Gesetzes, wodurch der Vormund verpflichtet wird, „auch andere Verträge und Rechtsgeschäfte, welche den Capitalbestand des Vermögens vermindern könnten oder sonst von großem Einflusse auf die gesammte Vermögensverwaltung sind", dem Waisenamte zur Genehmigung vorzulegen, der Liquidität und Vollstreckbarkeit der jetzigen Forderung darum nicht entgegenstände, weil, würde auch die Anerkennung derselben und die Uebernahme der Zahlungspflicht unter die Vorschrift des cit. §. 49 fallen, doch die Nichtbeachtung der letztern nicht die Unverbindlichkeit des Geschäftes für die Bevogteten, sondern bloß die Verpflichtung des Vogtes, den letztern für allen Schaden einzustehen, zur Folge hat; —

3) daß indeß im vorliegenden Falle gegen die sofortige Verwerfung der Einrede doch darum Bedenken entstehen können und es vorzuziehen ist, durch Verweisung des Anspruches in das ordentliche Verfahren den Parteien Gelegenheit zu vollständigen Vorträgen und den Gerichten zu gründlicher und umsichtiger Prüfung zu geben, weil nach Inhalt der Recursschrift die Forderung entstanden

Digitized by Google

zu sein scheint aus Lieferungen, welche nicht allein den Bevogteten und für dieselben, sondern auch ihren Eltern und für die Haushaltung der letztern gemacht worden sind, und nun in Frage kommt, ob auch, insoweit etwa in dem Scheine vom 2. September v. J. eine für die Vogtbefohlenen, namentlich bloß im Interesse Dritter eingegangene Interceſſion oder ein anderer Act besonderer, nicht schon in Sitte begründeter, den Vermögensverhältnissen des Bevogteten angemessener Freigebigkeit läge, nach dem Sinne und Geiste des Vormundschaftsgesetzes die Zustimmung des Vogtes zu Begründung einer Verbindlichkeit des Vogtbefohlenen zureiche, oder ob die Bestimmungen dieses Gesetzes, namentlich insoweit sie sich auf die Befugnisse des Vogtes beziehen, lediglich von den unmittelbar das Wohl und den Nutzen der Vogtbefohlenen selbst bezweckenden Handlungen und Rechtsgeschäften zu verstehen und somit die Berechtigung zu nicht in der gewohnten Verwaltung begründeten Verfügungen den Vögten als stillschweigend entzogen anzusehen seien:: —

mit Einmuth beſchloſſen:

Sei der Recurs unbegründet. (Justizprot. vom 15. August 1848, Nr. 22.)

---

18. R. beschwert sich bei dem Bezirksgerichte N. darüber, daß der Gemeindeammann H. die verlangte Versilberung für eine Wechselforderung nicht vornehme und daß auch ein dießfälliges, dringendes Gesuch an den Schuldenschreiber nichts gefruchtet habe. Da auch die bei dem Bezirksgerichte eingereichte Beschwerde kein Resultat zur Folge hat, wendet sich R. an das Obergericht. — Das Bezirksgericht, zur Berichterstattung aufgefordert, sendet einen Auszug aus seinem Civilprotocoll ein, wonach dem säumigen Gemeindeammanne wiederholt Fristen unter Androhung und Auflegung von 4, 8 und 16 Fr. Ordnungsbuße anberaumt worden sind.

Digitized by Google

Der obergerichtliche Recursalbescheid enthält folgende Erwägungen:

1) Daß, wenn zwar auch ein gehöriger und umständlicher Bericht des Bezirksgerichtes und seines Präsidiums, wie er durch Verfügung der Justiz-Commission vom 18. v. M. ist verlangt worden, nicht eingegangen ist, sondern die erstere Behörde sich begnügt hat, Abschriften der von ihr in dieser Angelegenheit erlassenen Beschlüsse einzusenden, dennoch sich aus diesen letztern sowol als aus der von dem jetzigen Recurrenten beim Bezirksgerichte eingereichten Beschwerde- und der an dießseitige Stelle gerichteten Recursschrift ergibt, daß das Gemeindeammannamt B. sich einer argen Versäumniß in Besorgung des ihm übertragenen Rechtstriebes schuldig gemacht habe, indem es nicht nur die schon unter dem 15. Mai verlangte Versilberung der in schnellem Rechtstriebe gepfändeten Gegenstände, ungeachtet sie gemäß §. 49 des Gesetzes über die Schuldbetreibung unverzüglich hätte erfolgen sollen, bis zu der vom 22. Juni datirten Verfügung des Bezirksgerichtes, sondern sogar auch noch nach Erlaß derselben, so wie einer zweiten vom 6. Juli und einer dritten vom 13. gl. M. unterlassen, ja sogar nicht einmal den ihm von dem Bezirksgerichte wiederholt abgeforderten Bericht erstattet hat; —

2) daß aber auch der Schuldenschreiber seiner Obliegenheit nicht gehörig nachgelebt zu haben scheint, da er das Gemeindeammannamt, dessen Säumniß er aus seinem Protokolle hat ersehen können und müssen, hätte mahnen und, sofern dieß ohne Erfolg geblieben wäre, hievon der Aufsichtsbehörde Anzeige machen sollen, dieß aber, wie wenigstens aus seinem Stillschweigen auf die ihm zur Beantwortung mitgetheilte Beschwerdeschrift der beigefügten Androhung gemäß geschlossen werden muß, auch sogar dann noch zu thun unterlassen hat, als der Ansprecher unter dem 30. Mai sich nochmals wegen Beförderung der Versilberung an ihn gewendet hatte; —

Digitized by Google

3) daß endlich nicht minder dem Bezirksgerichte und dessen Präsidium nicht nur großer Mangel an Kraft und Nachdruck beim Einschreiten gegen einen in Ausübung seiner amtlichen Pflichten säumigen Beamten, sondern auch eine sehr auffallende Unterlassung jeder die sofortige Abhülfe gegen die gesetzwidrige Verschiebung der Versilberung bezweckenden und dem in seinen Rechten gekränkten Gläubiger Schutz gewährenden Maßnahme zur Last fällt, zumal, was den Mangel an gehörigem Einschreiten gegen den fehlbaren Beamten anbetrifft, das Bezirksgericht die bis zur Erhebung der Beschwerde stattgefundene Versäumung der Versilberung ganz ungeahndet gelassen hat, sodann aber die mit den Beschlüssen vom 22. Juni, 6. und 13. Juli dem Gemeindeammanne zu Vornahme der Versilberung angesetzten Fristen von 14, 7 und 8 Tagen, besonders mit Rücksicht darauf, daß es sich um einen schnellen Rechtstrieb handelte, viel zu lange und die angedrohten Ordnungsstrafen von 4, 8 und 16 Fr. zu gering waren, wie denn überhaupt, als auch die wiederholte Aufforderung zur Versilberung und Berichterstattung wirkungslos blieb, bloße Androhung einer Ordnungsstrafe nicht mehr am Platze, sondern Einleitung des Strafverfahrens wegen Ungehorsam und Amtspflichtverletzung gegen den Gemeindeammann völlig gerechtfertigt gewesen wäre, — bezüglich auf die erforderliche sofortige Abhülfe der Beschwerde des Gläubigers aber hätte erwartet dürfen, daß das Bezirksgericht, beziehungsweise dessen Präsidium, letzteres vermöge der ihm in seiner Einzelcompetenz obliegenden Pflicht zu Ueberwachung des Rechtstriebes und der Obsorge für gehörige Vollziehung desselben, sofort nach fruchtlos gebliebener erster Ermahnung zu unverzüglicher Versilberung einem andern Beamten die Vornahme derselben binnen kürzester Frist auf Kosten des säumigen Gemeindeammannes und unbeschadet theils der Bestrafung des letztern, theils der ihn nach §. 8 des Gesetzes über die Schuldbetreibung treffenden Verpflichtung

Digitized by Google

zu Befriedigung des Gläubigers aus seinem eigenen Vermögen gegen Eintritt in dessen Rechte übertragen haben würde, — Alles in der Meinung, daß das Bezirksgericht, resp. das Bezirksgerichtspräsidium, von jeder Verfügung ohne Verzug den Gläubiger auf alleinige Kosten des fehlbaren Beamten hätte in Kenntniß setzen sollen; —

4) daß, da gemäß erfolgter Anzeige des Recurrenten seine Befriedigung inzwischen erfolgt ist, es einer dießseitigen Maßnahme die Vollziehung der Versilberung betreffend nicht mehr bedarf. (Justizpr. vom 15. August 1842, Nr. 24.)

---

19. N. beschwert sich darüber, daß ihm ungeachtet begründeter Beschwerde über versäumten Rechtstrieb Kosten aufgelegt und keine Entschädigung gesprochen worden sei.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß ein Gläubiger, welcher sich mit Recht über Versäumung oder sonst nicht gehörige Vollziehung der Schuldbetreibung von Seite eines Rechtstriebbeamten beschwert, nicht nur schleunige und wirksame Abhülfe, sondern auch, daß dieselbe ohne alle Belästigung desselben, somit ohne irgend welche ihm, sei es für Ausfertigungen oder was immer erlaufende Kosten, geschehe, und er überdieß für die ihm durch die erforderlich gewordenen Rechtsöffnungsbegehren, Recursschriften, Porto u. s. w. verursachten Auslagen, Umtriebe und Zeitversäumniß entschädigt werde, zu verlangen befugt ist; —

2) daß es daher nicht nur unrichtig war, wenn, was übrigens das Bezirksgericht mit einem Versehen der Kanzlei entschuldigt, von dem Recurrenten ein Theil der durch den Gerichtsbeschluß vom 4. v. M. zu seinen Gunsten erledigten Beschwerde gegen den

Digitized by Google

Gemeindeammann T. ergangenen Ausfertigungs- und andern Kosten mit 1 Fr. 31 Rpn. ist bezogen worden, anstatt sämmtliche Kosten dem fehlbaren Beamten aufzulegen, sondern daß überdieß dem Letztern auch eine angemessene Entschädigung an den Recurrenten sofort hätte aufgelegt werden sollen, Alles, wie sich von selbst versteht, übrigens unbeschadet theils der nach §. 8 des Gesetzes über die Schuldbetreibung den Rechtstriebsbeamten treffenden Haft für allen aus seinem begangenen Fehler entstehenden Schaden, theils der gegen ihn, sei es im Ordnungs- oder im Strafverfahren auszusprechenden Ahndung:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und daher in theilweiser Abänderung, resp. Ergänzung des bezirksgerichtlichen Beschlusses vom 4. v. M. verfügt, daß die dem Recurrenten berechneten Kosten von 1 Fr. 31 Rpn., insofern sie schon bezogen sein sollten, demselben sofort portofrei zurückzustellen und der ganze Betrag von dem Gemeindeammann T. zu beziehen sei, so wie dieser auch den Recurrenten mit 6 Fr. zu entschädigen habe, wogegen es in allem Andern bei dem erwähnten Beschlusse verbleibe; —

2. Sei das Bezirksgericht angewiesen, in künftigen Fällen obigen Erwägungen gemäß zu verfahren. (Justizprot. vom 15. August 1848, Nr. 28.)

---

20. Der Umstand, daß der Angesprochene sich für eine Forderung bis zur Pfändung treiben läßt, bildet zwar ein Judicium für die Richtigkeit der Forderung, kann aber für sich allein zur Herstellung der Ansprache nicht genügen. (Justizpr. vom 15. August 1848, Nr. 37.)

---

21. Die R., welche im Bezirke Uster wohnen, arbeiten für ein Handlungshaus des Bezirkes Horgen; nun werden sie der Unterschla-

Digitized by Google

gung beschuldigt und die Sache dem Bezirksgerichte Horgen überwiesen, verlangen aber, daß die Sache von dem Bezirksgerichte Uster beurtheilt werde.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens bei dem Gerichte ist, in dessen Bezirk die Handlung, welche das Wesen des Verbrechens ausmacht, begangen wurde, nicht aber da, wo bloß die Wirkung derselben eintrat; —
2) daß die Unterschlagung nach §. 221 des Strafgesetzbuches vollendet ist, sobald der Besitzer der fremden beweglichen Sache durch eine äußere Handlung seine Absicht, über dieselbe wie über sein Eigenthum zu verfügen, zu erkennen gegeben hat; —
3) daß im vorliegenden Falle (vorausgesetzt, daß wirklich eine Unterschlagung stattgefunden habe) anzunehmen ist, daß der Arbeiter von dem ihm zum Verarbeiten übergebenen Stoffe an seinem Wohnorte auf die Seite geschafft, mithin dort die Unterschlagung begangen habe, nicht aber daß es unmittelbar vor der Ablieferung am Wohnorte des Dienstherrn geschehen sei, daß mithin als forum del. comm. das Bezirksgericht Uster, nicht aber das Bezirksgericht Horgen erscheint:: —

mit Einmuth beschlossen:

Sei der Recurs begründet und daher unter Aufhebung des recurrirten Beschlusses das Bezirksgericht Horgen angewiesen, die Acten dem Bezirksgerichte Uster, als dem zuständigen Gerichte, zu übermachen. (Justizprot. vom 21. August 1848, Nr. 1.)

---

22. G. schuldet dem S. laut Obligo 1052 fl. zahlbar auf 1. Mai 1847. Nachdem der Termin seit längerer Zeit verstrichen war, betreibt S. den G. Nun wirft G. Rechtsvorschlag aus, darauf begründet, daß S. den Zahlungstermin habe verstreichen lassen und sogar seither

Digitized by Google

einen Zins abgenommen habe, hieraus aber sich schließen lasse, daß die Contrahenten sich dahin verständigt haben, daß der Zahlungstermin verschoben werden und jedenfalls halbjährige Kündung stattfinden soll. In der Folge werden die Rechte wieder geöffnet, wogegen G. recurrirt.

Der Recursbeschluß (durch welchen der Recurs als unbegründet erklärt wird) enthält folgende Erwägung:

Daß, da in dem Schuldscheine ein bestimmter Zahlungstermin unbedingt und ohne Erwähnung vorgängiger Kündigung festgesetzt war, die Schuld durch den bloßen Eintritt desselben fällig geworden ist, aus dem weiteren Umstande aber, daß seither der Gläubiger dem Schuldner mit der Eintreibung der Forderung zugewartet und auch eine Zinszahlung separirt abgenommen hat, sich überhaupt nicht schließen läßt, daß der Gläubiger auf sein Recht, nunmehr nach eingetretenem Verfalltermin die Schuld beliebig einzufordern, verzichtet habe, und daß mithin stillschweigend die Contrahenten dahin übereingekommen seien, daß der Eintreibung eine Aufkündigung vorher gehen müsse, wobei mit Unrecht der Debitor sich auf die in den Beiträgen von Dr. Schauberg, Bd. III. S. 14, Nr. 10 enthaltene Mittheilung als auf ein ihm günstiges Präjudiz beruft, da sich aus derselben keineswegs ergibt, daß in jenem Falle, wie in dem vorliegenden, ein bestimmter Verfalltermin festgesetzt gewesen sei. (Justizprot. vom 25. August 1848, Nr. 2.)

---

23. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Aus dem Concurse des M. in U. seien bei dem Bezirksgerichte Andelfingen drei Prozesse pendent in Sachen

a) der Recurrentin, als Klägerin, gegen J. K., K. R. und J. M., Beklagte, betreffend Weibergut und Pfandrecht,

Digitized by Google

b) des J. M., Klägers, gegen die Recurrentin, als Beklagte, betreffend Bürgschaft und Privilegium,

c) des J. K. und K. R., Kläger, gegen die Recurrentin, als Beklagte, betreffend Forderung aus Kauf; —

B. Die Recurrentin habe verlangt, daß diese Prozesse vereinigt und in Einem Urtheile erledigt werden, das Bezirksgericht aber dieses Begehren, welchem sich die Gegenpartei widersetzt habe, durch Beschluß vom 10. v. M. abgewiesen; —

C. Ueber diesen Beschluß beschwere sich nun die Recurrentin, weil, wie sie glaube, ihr Begehren mit Rücksicht auf die für Widerklagen geltenden Grundsätze sich vollständig rechtfertige:: —

in Erwägung:

Daß, wenn zwar auch in der That nicht einzusehen ist, welches Interesse die Recursen haben können, sich der Vereinigung der verschiedenen, in Rede stehenden Prozesse in Eine Verhandlung und Einen Entscheid unbedingt zu widersetzen, und vielmehr hätte angenommen werden sollen, daß ihnen selbst damit, behufs Ersparung von Zeit und Kosten wenigstens so lange, bis sich allfällig die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Trennung herausgestellt haben würde, gedient gewesen wäre, doch anderseits einleuchtet, daß, sofern sie sich nun einmal zu einer gemeinschaftlichen Klage oder Widerklage nicht vereinigen wollen, die Beklagte, resp. Widerbeklagte (jetzige Recurrentin) ein Mittel, sie dazu zu zwingen, nicht hat, indem, selbst wenn die von ihnen klagend oder widerklagend geltend gemachten Rechte von der Art wären, daß sie sich zu Begründung einer wahren Streitgenossenschaft (im Gegensatze des bloß factischen Verhältnisses mehrerer Mitkläger) eigneten, die Einrede mehrerer Streitgenossen ihnen bloß unter der im vorliegenden Falle nicht vorhandenen Voraussetzung der Untheilbarkeit des Streitgegenstandes, und zwar auch dann nicht einmal mit der Wirkung des unbedingten Zwanges zur gemeinschaftlichen Klage, resp. Widerklage, entgegenstände:: —

Digitized by Google

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet; —

2. Trage Recurrentin die Kosten. (Justizprot. vom 22. August 1848, Nr. 6.)

IV.

Ueber die Competenz der hiesigen Gerichte zur Bestrafung der während des eidgenössischen Dienstes verübten Militärverbrechen.

Das Obergericht des Standes Zürich

hat

am 2. September 1848, nach Anhörung des Antrages seiner Justiz-Commission, in Sachen des Herrn Procurator Funk, Namens des Herrn Hauptmann Heinrich Leemann in Russikon, betreffend Beschwerde über einen Beschluß des Criminalgerichtes,

da sich ergeben:

A. Recurrent sei beschuldigt, im Feldzuge gegen die Sonderbundscantone bei dem am 12. November v. J. stattgehabten Gefechte bei Luzern vor dem Feinde desertirt zu sein; —

B. Nach Auflösung der eidgenössischen Armee sei diese Handlung des Recurrenten bei dem hiesigen Kriegsrathe zur Sprache gekommen, und es habe sodann die Staatsanwaltschaft im Auftrage des Regierungsrathes bei dem Criminalgerichte auf Einleitung einer Untersuchung gegen den Recurrenten und auf Anklagezustand angetragen; —

C. Diesem Antrage habe das Criminalgericht gemäß Beschlusses vom 27. Mai d. J. Folge gegeben, worüber sich nun Herr Procurator Funk Namens des Recurrenten beschwere, gestützt darauf, daß der

Digitized by Google

oberste Commandant der betreffenden Division, Herr Oberst Gmür, bei welchem Recurrent seinerzeit denuncirt worden, die Sache bereits dadurch erledigt, daß er ihn (den Recurrenten) zu drei Tagen Arrest verurtheilt habe, wodurch denn eine weitere Untersuchung und Bestrafung ausgeschlossen sei, da Niemand für die gleiche Handlung zwei Mal beurtheilt und bestraft werden könne, und da nach §. 205 des eidgenössischen Militärstrafgesetzes Herr Oberst Gmür zur Erledigung der Sache auf disciplinarischem Wege oder durch Verweisung zur gerichtlichen Verhandlung allein und ausschließlich unter Vorbehalt des Recurses an den Oberbefehlshaber der eidgenössischen Armee competent gewesen; —

D. Herr Oberst Gmür habe berichtet, daß er über den Recurrenten mit Hinsicht auf die in Frage stehende Dienstverletzung drei Tage verschärften Arrest verhängt habe, unter Vorbehalt weiterer Bestrafung, daß ihm dann aber wegen der begonnenen Bewegungen der Truppen gegen die inneren Sonderbundscantone die weitere Untersuchung und Bestrafung nicht mehr zu Sinn gekommen sei und er nachher, da er über das weitere Benehmen des Recurrenten nichts Nachtheiliges mehr vernommen und sich das betreffende Bataillon bei Richterschweil und an der Schindellegi wacker gehalten habe, angenommen, Recurrent werde die ältere Scharte ausgewetzt haben, und daher von einer fernern Strafeinleitung abstrahirt habe, um so eher, als bei Lunnern und bei spätern Anlässen höhere Offiziere ihre Stellung und Pflicht versäumt gehabt, was auf das Benehmen der Subalternen nicht ermuthigend eingewirkt haben möge; —

E. Das Criminalgericht halte den Recurs für unbegründet, weil ein Vergehen, auf welches mehrjährige Gefängnißstrafe oder gar Zuchthausstrafe und Cassation angedroht sei, wol nicht beliebig von einem Truppen-Commandanten disciplinarisch erledigt werden könne, ebenso demselben kaum freistehe, aus unzureichenden Gründen, nämlich weil Andere auch gefehlt haben, eine Ueberweisung zu unterlassen, resp. die Sache als beendigt zu betrachten; —

Digitized by Google

F. Der Substitut des Staatsanwaltes trage aus den gleichen Gründen auf Verwerfung des Recurses an:: —

in Erwägung:

1) Daß von Anwendung des zürcherischen Militärstrafgesetzes hier überhaupt keine Rede sein kann, da Recurrent beim Gefecht in Luzuern im eidgenössischen Militärdienste stand; —

2) daß an eine Anwendung des §. 3 des eidgenössischen Militärstrafgesetzes eben so wenig zu denken ist, da die Handlung, deren Recurrent angeschuldigt ist, zu den in diesem Gesetzbuche vorgesehenen gehört; —

3) daß nach §. 201 des eidgenössischen Militärstrafgesetzes Verbrechen, welche während des eidgenössischen Dienstes begangen, aber im Augenblicke des Austrittes des Thäters aus diesem Dienste noch bei keinem eidgenössischen Gerichte rechtsanhängig waren, durch die competenten Behörden des Cantons untersucht und beurtheilt werden sollen, unter dessen Truppen der Angeschuldigte während des eidgenössischen Dienstes gestanden ist, mit Anwendung der Strafbestimmungen dieses Gesetzbuches; —

4) daß aber diese Competenz der Cantonalbehörden sich nicht erstrecken kann auf Fälle, welche während der Zeit, als der Angeschuldigte im eidgenössischen Dienste stand, zur Kenntniß der in §. 205 des Gesetzes bezeichneten Strafpolizeibeamten gekommen, und von diesen in der Meinung, daß hiemit der Straffall erledigt sei, disciplinarisch geahndet worden sind, da sonst den Grundsätzen des Rechtes zuwider für das gleiche Vergehen eine doppelte Strafe einträte und sich hiegegen auch nicht etwa einwenden läßt, daß die Disciplinarstrafe wegen etwaiger Unstatthaftigkeit des Disciplinarverfahrens nicht in Betracht falle, zumal nach dem citirten Paragraphen diesen Strafpolizeibeamten hinsichtlich der zu ihrer Kenntniß gebrachten Fälle die „Vermittelung der Disciplinargewalt und der Rechtspflege" zusteht, womit wol nichts Anderes gesagt sein soll,

Digitized by Google

als, es stehe denselben der Entscheid zu, ob ein Mißbenehmen disciplinarischer oder strafrechtlicher Natur und somit auf disciplinarischem Wege abzuthun oder den Gerichten zu überweisen sei, welche Ansicht überdieß durch die Bestimmungen des §. 186 des Strafgesetzes bestätigt wird; —

5) daß, da nun Recurrent wegen seines Benehmens bei dem fraglichen Gefechte von dem Divisions-Commandanten disciplinarisch bestraft worden ist, und zwar, wie sich aus dem von Letzterm eingegangenen Berichte Act. 49 ergibt, in der Meinung, daß hiemit der Straffall als abgethan zu betrachten sei, die Competenz der Cantonalbehörden wegfällt:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und der recurrirte Beschluß des Criminalgerichtes vom 27. Mai d. J. aufgehoben; —

2. Sei dieser Beschluß dem Criminalgerichte, dem Staatsanwalte und dem Recurrenten unter Rücksendung der Acten mitzutheilen.

Digitized by Google

V.

Ueber die Collision der ehelichen Güterrechte verschiedener Staaten.

Das Bezirksgericht Meilen

hat

am 12. April 1848 in Sachen der Frau Magdalena Tschudi geb. Buttli in Stühlingen, Klägerin (Anwalt Herr Cantonsprocurator Funk), gegen Herrn Johann Baptist Tschudi, Müller in Küßnacht (Anwalt Herr Procurator Brändli), betreffend Weibergut, über die Rechtsfrage: „Ob der Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin 4000 fl. R. W., nebst 400 fl. Zinsen herauszugeben?"

da sich ergeben:

A. Unter dem 1. Februar 1841 haben die Litiganten, welche beide der katholischen Confession angehören, zu St. Blasien, wo damals der Beklagte gewohnt, als Verlobte einen Ehevertrag geschlossen, dessen Art. 2 folgende Bestimmung enthalte: „von dem Einbringen der Braut, das in Capitalien von Siebentausend Gulden und in Fahrnissen beiläufig im Betrage zu sechshundert Gulden besteht, werden die Capitalien im Betrage von Siebentausend Gulden für Liegenschaften festgesetzt, die Fahrnisse gibt sie der Gemeinschaft"; —

B. Im nämlichen Jahre noch sei die Verehelichung erfolgt und beide Litiganten anerkennen, daß anstatt 7000 fl. nur 4000 fl. verliegenschaftetes Weibergut eingebracht worden seien; später seien Zerwürfnisse in dieser Ehe entstanden, so daß sich die Ehegatten freiwillig getrennt und der Beklagte sich dann laut einer schriftlichen Erklärung vom 1. August 1843 (Act. 5) verpflichtet habe, seiner Frau das Zugebrachte von 4000 fl. nebst Zins bis Ende August herauszugeben; diese Verpflichtung habe der Beklagte in einem unter dem 22. April

Digitized by Google

1844 in Küßnacht abgeschlossenen Vergleiche, wodurch sie übereingekommen, daß sie ihre Gemeinschaft trennen und jeder Theil auf eigene Rechnung haushalten wolle (Act. 6), neuerdings bestätigt, in der Meinung, daß diese 4000 fl. innerhalb zwei Jahren ausbezahlt, inzwischen aber auf die Liegenschaften in Küßnacht versichert werden sollen, wogegen die Klägerin auf weitere Ansprüche verzichtet habe; jenes Pfandrecht auf die Liegenschaften sei dann von dem Beklagten wirklich bestellt worden; —

C. Nun aber verweigere der Beklagte die Herausgabe dieses Vermögens seiner Frau, welche ihn hiefür belange, und fordere auch für die Zukunft die Verwaltung desselben; er sei zwar von Magden, Bezirks Rheinfelden, Cantons Aargau, gebürtig, gerire sich aber als badischer Bürger, gestützt auf eine Verfügung der großherzoglich badischen Regierung des Oberrheinkreises vom 2. Januar 1841, wodurch ihm Behufs seiner bürgerlichen Annahme in St. Blasien das Indigenat ertheilt worden sei (Act. 10), und auf einen Heimathsschein des Gemeinderathes St. Blasien vom 12. Februar 1847 (Act. 19); demzufolge behaupte er dann, dieser Fall sei nach den Gesetzen des Großherzogthums Baden zu beurtheilen, weil für familienrechtliche Verhältnisse gleich wie z. B. beim Erbrechte immer die Gesetze des Heimathsortes angewendet werden; in diesem Falle aber streite er die Gültigkeit des Vergleiches an, indem er verschiedene Artikel des badischen Landrechtes anrufe, so namentlich

a) dafür, daß die Klägerin nicht einmal vor Gericht auftreten könne, §. 215: „Die Frau kann ohne Ermächtigung ihres Mannes nicht vor Gericht stehen, selbst dann nicht, wenn sie Handelsfrau ist, oder in einer Ehe ohne Gemeinschaft lebt, oder dem Vermögen nach von ihm abgesondert ist, ausgenommen um eine Erbklage anzubringen;

b) dafür, daß der Vergleich vom 22. April 1844 nichtig sei, §. 1388: „Kein Vertrag darf die Rechte schmälern, die zu der Gewalt des

Digitized by Google

Manns über die Person der Frau und der Kinder gehören, oder die dem Mann als Haupt der Familie zustehen . . . .";

c) dafür, daß die Abänderung des Ehevertrages nicht mehr zulässig gewesen sei, §. 1395: „Nach geschlossener Ehe leiden sie (die Eheverträge) keine Veränderung"; —

eventuell, wenn selbst das zürcherische Recht zur Anwendung kommen sollte, behaupte er auch nach diesem die Ungültigkeit des Vergleiches, weil die Verwaltung des Vermögens der Frau nicht bloß auf einem Rechte beruhe, sondern eben auch eine Verantwortlichkeit für dasselbe in sich schließe; wenn nun der Mann auf die Vermögensverwaltung rechtsgültig solle verzichten können, so müsse hiezu auch der gültige Wille der Frau vorhanden sein; diesen könne sie aber nicht selbst aussprechen und eine Ergänzung ihres rechtlichen Willens habe hier nicht stattgefunden; ohne dieses setze sich aber der Ehemann immer der Gefahr aus, von den Erben der Frau für allen Nachtheil belangt zu werden; —

D. Die Klägerin widerspreche zunächst, daß der Beklagte ein eigentliches Bürgerrecht im Großherzogthum Baden besitze, und behaupte, er habe nur das Indigenat erworben; jedenfalls bestreite sie aber, daß das badische Recht hier zur Anwendung komme, und zwar einerseits schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wonach der Staat in der Regel nur sein eigenes Recht gegen Einheimische und Fremde anwende und die Anwendung eines fremden Rechtes für Angehörige eines andern Staates nur als Ausnahme vorkomme, die hier nicht zutreffe, — anderseits darum, weil der Beklagte ein geborner Staatsbürger des Cantons Aargau sei, der das badische Bürgerrecht niemals ausgeübt, vielmehr die Ehe im aargauischen Bürgerregister habe eintragen lassen und auf aargauische Ausweisschriften in Küßnacht niedergelassen sei, so daß noch weit eher aargauisches Recht (dasjenige des Frickthales und somit das östreichische Landrecht) zur Anwendung käme; nach zürcherischem Rechte halte sie den Vertrag durchaus für gültig und daher den Verzicht des Mannes auf die Vermögensverwaltung für bindend, wie ja ein Ehemann

Digitized by Google

auch seiner Frau ein Sondergut aussetzen oder diese als Handelsfrau erklären könne; —

E. Zum Beweise dafür, daß er sein ursprüngliches Bürgerrecht aufgegeben, producire der Beklagte folgende Urkunden:

1) eine Entlassungsurkunde des Gemeinderathes Magden vom 12. Dec. 1840 (Act. 21 u. 26), —
2) einen Beschluß der Regierung des Cantons Aargau vom 26. Jan. 1841, enthaltend die Entlassung des Beklagten aus dem Cantonsbürgerverbande (Act. 22); —

F. Die Klägerin verharre gleichwol darauf, daß der Beklagte nicht im Ernste sein aargauisches Bürgerrecht aufgegeben, sondern daß er vor Eingehung der Ehe nur darum das Indigenat erworben habe, damit er beim Wegzuge des bedeutenden Weibergutes nicht einen Abzug von 10 Proc. an den badischen Fiscus bezahlen müsse; daß indessen unter keinen Umständen hier irgend fremdes Recht zur Anwendung gebracht werden könne; diese Ansicht stütze sie noch auf folgende, in weiterer Ausführung entwickelte Gründe:

a) Die mangelnde Kenntniß jedes fremden Rechtes ab Seite der Einwohner des Staates, wodurch also auch dessen Wirksamkeit ausgeschlossen sein müsse, —
b) die mangelnde Kenntniß des fremden Rechtes ab Seite der Gerichte, man dürfe nicht aus einem fremden Rechte einzelne Stellen herausreißen, sondern man müsse das fremde Recht nach seinem ganzen System kennen, wie denn auch gerade zu den complicirtesten Lehren des französischen, resp. badischen Rechtes diejenige über die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten gehöre, —
c) nach der Natur der Sache und dem Principe der Reciprocität sei die Anwendung eines fremden Rechtes hier gleich unmöglich, man müsse entweder das ganze Güterrecht der Ehegatten nach fremdem Rechte beurtheilen oder letzteres gar nicht anwenden; wenn nun aber

Digitized by Google

ein fremdes Recht der Ehefrau eine günstigere Stellung mit Bezug auf ihr Vermögen, z. B. ein absolutes Privilegium im Concurse des Mannes, einräumen würde, so könnte man ihr es hier doch nicht geben, oder wenn umgekehrt ihr heimathliches Recht sie ungünstiger stellen sollte, so würde dennoch unser Concursrecht angewendet, und frage man endlich nach der Reciprocität, so würde gewiß ein fremder Staat die Vermögensrechte schweizerischer Ehegatten nicht nach dem geltenden Rechte der einzelnen hiesigen Landesgegenden beurtheilen; gerade deßhalb seien dann auch Concordate entstanden mit Bezug auf diejenigen Fälle, z. B. Erbrecht, wo das Recht des Heimathsortes zur Anwendung kommen solle, —

d) die Doctrin habe sich entschieden dagegen ausgesprochen, daß in solchen Verhältnissen die Gerichte des Wohnortes nach den Gesetzen des Heimathsortes entscheiden sollen; hiefür berufe man sich namentlich auf einen Aufsatz von Günther im Rechtslexikon, Bd. IV. S. 726 u. 731; —

e) wo nach bestehenden Concordaten einzelner Schweizercantone gewisse Fragen nach den Rechten des Heimathsortes entschieden werden müssen, sei der Entscheid selbst auch den heimathlichen Gerichten zugewiesen; man verweise dießfalls auf das Concordat über die Behandlung von Scheidungsfällen vom 6. Juli 1821, wo gegenüber den nichtconcordirenden Ständen die Anwendung der Gesetze des Landes vorbehalten worden sei, —

f) das badische Recht sei nicht anwendbar auf badische Bürger, die sich im Auslande aufhalten; nach dem französischen, resp. badischen Rechte verliere der bloß naturalisirte Fremde mit dem Austritte aus dem Staatsgebiete und ebenso der im Auslande geborene Bürger mit der Niederlassung in einem fremden Lande ohne Absicht zurückzukehren, gewisse, ihm zugesicherte Civilstandsrechte, wozu nach Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts,

Digitized by Google

Bd. I. S. 34, §. 48, auch die Rechte gehören, die der Mann über seine Frau und über deren Vermögen habe; —

selbst für den Fall, als badisches Recht zur Anwendung käme, halte die Klägerin den Vergleich für bindend, indem sie dießfalls im Wesentlichen Folgendes anführe: Der §. 215 des badischen Landrechtes habe bloß prozessualische Bedeutung, und in dieser Hinsicht kommen die hiesigen Gesetze zur Anwendung; dann bestehe rechtlich nicht einmal ein Ehevertrag; in der Urkunde vom 1. Februar 1841 werde in §. 1 nur gesagt, daß die Litiganten als Gemeinschaftsart unter sich die gesetzliche Gütergemeinschaft einführen, und darnach gelten dann nach §. 1393 die Grundsätze des Landrechtes §§. 1400 bis 1496, nämlich das gesetzliche Erb- und Güterrecht der Ehegatten; überdieß sei der Vertrag niemals erfüllt worden, indem der Beklagte die 4000 fl. nicht verliegenschaftet habe; dann habe der §. 1393 seine Ausnahme in §. 279, welcher dahin laute: „Die Ehegatten, welche entschlossen sind, die Ehescheidung durch wechselseitige Einwilligung zu erwirken, sind gehalten, vor Allem ihr ganzes liegenschaftliches und fahrendes Vermögen verzeichnen und abschätzen zu lassen und ihre dießfallsigen wechselseitigen Rechte aus einander zu setzen, worüber sich zu vergleichen ihnen jedoch freisteht"; —

G. Der Beklagte entgegne hinwieder betreffend das zur Anwendung zu bringende Recht: Bei uns gelte der Satz, daß bei den Entscheidungen über Rechtsverhältnisse, welche das Recht der Person und die damit unmittelbar verknüpften materiellen Rechte, wie erb- und güterrechtliche Verhältnisse der Familie, betreffen, das Heimathsrecht zur Anwendung komme, und daß gleichwol die hiesigen Gerichte entscheiden, für beides beziehe man sich auf eine obergerichtliche Entscheidung in Schaubergs Beiträgen, Bd. VI. S. 139 u. ff.; zur Begründung dieses Satzes werde weiter angeführt: Er folge hauptsächlich aus zwei Rücksichten: 1) um der engen Verknüpfung solcher Rechte mit der ganzen Persönlichkeit willen, 2) um der Bestimmung ihrer Dauer willen; denn das wandel-

Digitized by Google

bare Recht des wandelbaren Domicils dürfe nicht auf solche natürlich feste Verhältnisse angewendet werden, und die gemeinrechtliche Doctrin, welche allerdings die Gesetze des Wohnortes unbedingt gelten lassen wolle, sich aber gegen den Grundsatz verstoße, daß jeder Mensch in den seine Person und seine Familie beschlagenden Verhältnissen sein Recht überall hin mit sich bringe, sei bei uns nicht zur Geltung gekommen; ebenso gebe er nicht zu, daß er durch seine Niederlassung außerhalb des badischen Staates irgend welche Rechte verloren habe; — sodann bestreite er wiederholt, daß der Vertrag nach den badischen Gesetzen im Allgemeinen oder aus besonderen Verhältnissen des vorliegenden Falles gültig wäre; —

H. Auch daran halte die Klägerin fest, daß der Vertrag vom 1. Februar 1841 ein Ehevertrag im Sinne der badischen Gesetze sei; denn selbst, wenn zum Begriffe des Ehevertrages vom Gesetze abweichende Bestimmungen nöthig wären, so seien diese Modificationen hier vorhanden; ebenso behaupte sie, der Vertrag sei erfüllt worden, denn unter dem Verliegenschaften sei nur verstanden, daß ein Theil an sich beweglichen und in die Gütergemeinschaft fallenden Gutes ausnahmsweise mit dem Charakter einer immobilen Sache, die nicht in die Gemeinschaft falle, belegt werde, wofür man sich auf §§. 1401 u. 1402 des badischen Landrechtes beziehe:: —

in Erwägung:

1) Daß beim Entscheide der vorliegenden Frage nur badisches oder zürcherisches Recht in Anwendung gebracht werden kann, ersteres, wenn das Recht des Heimathsortes, letzteres, wenn dasjenige des Domicils entscheidet, indem klägerischerseits der Umstand nicht mit Grund in Anspruch genommen worden ist, daß der Beklagte jetzt noch Bürger des Cantons Aargau sei, da derselbe nach Act. 21, 22 und 26 förmlich aus dem dortigen Bürgerrechtsverbande entlassen, dagegen nach Act. 10 und 19 in ein Gemeindsbürgerrecht des Großherzogthums Baden und in das dortige

Digitized by Google

Staatsbürgerrecht aufgenommen worden ist, auf die Motive dieses Schrittes aber hier überall Nichts ankommen kann; —

2) daß obwol nun Fragen, welche in das Familien- oder Erbrecht einschlagen, um ihrer engen Verbindung mit der Persönlichkeit des Menschen willen im Allgemeinen richtiger dem Entscheide nach heimathlichem Rechte unterliegen, weil ohne dieses wolerworbene Rechte einer Person zu vielen Wechselfällen ausgesetzt sind, denn doch in dem vorliegenden Falle nicht die badischen, sondern die hiesigen Gesetze Anwendung finden, zwar nicht darum, weil das badische Recht entweder den Parteien oder dem Richter nicht bekannt wäre, zumal in ersterer Beziehung zu entgegnen ist, daß die Parteien ja den Vertrag gerade im Großherzogthume Baden abgeschlossen haben, von ihnen mithin vorausgesetzt werden muß, daß sie die dortigen Gesetze gekannt haben, in letzterer Beziehung aber der Richter sich das fremde Recht müßte weisen lassen, was z. B. durch ein Rechtsgutachten einer dortigen Autorität geschehen könnte, — wol aber darum, weil

a) ein Staat in der Regel seine eigenen Gesetze anwendet, gleichviel, ob es seine Bürger oder aber Personen, welche sich bei ihm niedergelassen und unter seinen Schutz sich begeben haben, betreffe, insoweit er sich aber bestimmen läßt, hievon abzuweichen, dieses wol immer nur geschehen wird, wenn entweder besondere Staatsverträge ihn hiezu nöthigen, oder wenn überwiegende Gründe der Zweckmäßigkeit ihm sich darstellen, wobei für die Richtigkeit dieses Grundsatzes und daher für die regelmäßige Anwendung des eigenen Rechtes auch bei uns deutlich spricht, daß sowol die schweizerischen Cantone in mehreren abgeschlossenen Concordaten unter sich, als auch mit fremden Staaten, z. B. Concordat vom 15. Juli 1822 betreffend vormundschaftliche und Bevogtigungsverhältnisse, Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse (Officielle eidgenöss-

Digitized by Google

fische Sammlung der Tagsatzungsbeschlüsse, Bd. II. S. 34 u. ff.), Concordat betreffend Behandlung der Ehescheidungsfälle (ibid. S. 39), Staatsvertrag zwischen der Krone Frankreich und der Eidgenossenschaft vom 18. Juli 1828 (Offic. eidg. Samml., Bd. II. S. 210, Art. III.), über Anwendung des heimathlichen Rechtes bei Niedergelassenen, speciell mit Bezug auf einzelne Fälle übereingekommen sind, — wogegen sich damit nicht etwa argumentiren läßt, daß bei uns die besondern im Canton geltenden Statutarrechte mit Hinsicht auf das Güterrecht der Ehegatten oder auf erbrechtliche Verhältnisse immer auch auf Personen, welche zwar ihrer Geburt nach unter die Herrschaft derselben gehören, ihrem Wohnsitze nach aber außer dem Bereiche derselben sich befinden, angewendet werden, da es sich hier immer noch um die Anwendung des eigenen und nicht fremden Rechtes handelt, wie denn auch der von dem Obergerichte entschiedene Fall in Schauberg's Beiträgen, Bd. VI. S. 139 u. ff., die Ansicht des Beklagten nicht unterstützen kann, da auch hier ein Concordat zu Grunde gelegt wird, —

b) nun aber kein Staatsvertrag mit Baden die dießfälligen Verhältnisse geregelt hat und auch nicht besondere Gründe der Zweckmäßigkeit dafür vorhanden sind, daß den Parteien, ungeachtet sie den hiesigen Richter anrufen, badisches Recht gewährt werde, zumal es sich hier nicht einmal um die Ausscheidung güterrechtlicher Verhältnisse der Ehegatten, sondern nur um die Frage über Gültigkeit und Vollstreckbarkeit eines dießfalls abgeschlossenen Vertrages handelt, worüber wol unstreitig die Gesetze des Ortes entscheiden; —

3) daß, wenn nun der vorliegende Fall nach zürcherischem Rechte zu entscheiden ist, zwar der Ehemann auch bei uns das Vermögen seiner Ehefrau verwaltet und diese überhaupt nach Außen vertritt,

Digitized by Google

ihm aber nichts deſto weniger die Berechtigung zuſteht, ſich der Verwaltung des Vermögens ſeiner Ehefrau zu begeben und dieſer die Verwaltung zu überlaſſen, gleich wie er dieſelbe z. B. auch zur Handelsfrau erklären kann, wonach dann von ſelbſt ſich verſteht, daß ein dießfälliger, mit der Ehefrau abgeſchloſſener Vertrag für dieſe auch klagbar ſein muß, ohne Rückſicht auf die Frage, in was für eine Stellung der Ehemann gegenüber dritten Perſonen gerathen könne; —

4) daß der Beklagte ſich nun ausdrücklich verpflichtet hat, ſeiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau das geforderte Vermögen herauszugeben, wie er ſich dann auch für Capital und Zinſe hat betreiben laſſen:: —

mit Einmuth erkannt:

1. Sei die aufgeſtellte Rechtsfrage bejahend entſchieden; —

2. Habe der Beklagte die Prozeßkoſten zu tragen; auch habe er die Klägerin mit 40 Fr. zu entſchädigen; —

3. Sei dieſes Urtheil den Parteien mitzutheilen.

In Folge der von dem Beklagten gegen das bezirksgerichtliche Urtheil ergriffenen Appellation hat ſodann das Obergericht am 15. Auguſt 1848,

in Erwägung:

1) Daß aus Act. 4, 10, 19, 21, 22 und 25 hervorgeht, daß die Eheleute Tſchudi Bürger von St Blaſien, Großh. Baden, ſind, ferner daß der Ehemann, urſprünglich von Magden, Cts. Aargau, ſchon vor der Verehelichung, welche im Februar 1841 ſtattfand, das badiſche Indigenat erworben hatte, unter Verzicht auf ſein bisheriges Bürgerrecht, erfolgt mit Genehmigung der competenten aargauiſchen Behörden, Act. 18 aber einen Beweis dafür, daß Tſchudi aargauiſcher Bürger ſei, nicht bilden kann, da dieſer Heimathſchein aus einer Zeit (dem Jahre 1830) herrührt, nach

Digitized by Google

welcher dann erst der Erwerb des badischen Indigenats unter Verzicht auf das bisherige Bürgerrecht eingetreten ist; —

2) daß bei der Verehelichung im Februar 1841 die Eheleute Tschudi mit der Erklärung, in St. Blasien ihren Wohnsitz zu nehmen, gemäß Vertrages Act. 4 die badisch gesetzliche Gütergemeinschaft mit gewissen Modificationen festgesetzt hatten, hierauf aber nach den Vorträgen beider Theile im Jahre 1843 der Ehemann Tschudi das Domicil von St. Blasien in den hiesigen Canton, und nach Küßnacht, Bezirks Meilen, verlegt hat, mithin seit jener Zeit der letztere Ort rechtlich als Wohnsitz der Ehegatten anzusehen ist, wo nun zwischen dem Ehemanne und einem unbestrittenermaßen von der Ehefrau Bevollmächtigten, Namens derselben, am 22. April 1844 der in Act. 6 enthaltene Vertrag abgeschlossen wurde, in welchem Aufhebung der bisher bestandenen Gütergemeinschaft und Zurückgabe des von der Ehefrau zugebrachten Vermögens, worunter namentlich Zurückzahlung der gegenwärtig streitigen 4000 fl., bestimmt worden ist; —

3) daß nun, die Rechtsbeständigkeit dieses Vertrages vorausgesetzt, das Klagegesuch, als demselben ganz entsprechend, sich als begründet darstellt, jene aber, so wie das Recht der Klägerin selbstständig gegen ihren Ehemann aufzutreten, nach den zweiinstanzlichen Vorträgen mit Hinsicht auf das die Litiganten selbst betreffende Verhältniß und, abgesehen von allfälligen, hier nicht zur Sprache kommenden, erworbenen Rechten Dritter von dem Standpunkte des hiesigen Rechtes aus nicht mehr, sondern nur noch darum bestritten werden, weil nach §. 1395 des großh. badischen Landrechtes Eheverträge nach geschlossener Ehe keine (vertragsmäßigen) Veränderungen mehr erleiden und namentlich gemäß §. 1443 ff. ibid. bei obwaltender ehelicher Gütergemeinschaft eine Vermögensabsonderung nur gerichtlich und unter gewissen Voraussetzungen stattfinden kann; —

Digitized by Google

4) daß indeß die Gültigkeit jenes die früher bestandenen güterrechtlichen Verhältnisse der Litiganten abändernden Vertrages nach andern Gesetzen als denjenigen unsers Cantons, in welchem sie (die Litiganten) ihn abgeschlossen und sowol zur Zeit des Abschlusses als seither ihren Wohnsitz gehabt haben, zu beurtheilen kein Grund vorhanden ist, indem ein auf ein entgegenstehendes Ergebniß führender Staatsvertrag mit dem Großherzogthume Baden, dessen Angehörige die Litiganten sind, nicht existirt, und wenn es zwar auch richtig ist, daß die hiesigen Gerichte in Verhältnissen sowol des Erb- als des damit zusammenhängenden ehelichen Güterrechtes von Cantons- und von Schweizerbürgern, und zwar bei den erstern (Cantonsbürgern) gestützt auf ein mit unsern bürger- und heimathrechtlichen Verhältnissen in enger Verbindung stehendes Gewohnheitsrecht, bei den letztern (Schweizerbürgern) aber gegründet auf Concordate, die heimathlichen Statute und Gesetze im Gegensatze des Wohnortes zur Anwendung gebracht haben, hieraus für den vorliegenden Fall, wo es sich um einen Ehevertrag hier domicilirender Ausländer handelt, Nichts folgt:: —

mit Bezug auf die Fassung der Erwägungen durch Stimmenmehrheit, im Uebrigen mit Einmuth

gefunden:

Es sei die Berufung des Beklagten unbegründet, und hierauf

erkannt:

1. Sei der Beklagte schuldig, der Klägerin 4000 fl. L. W. nebst 400 fl. Zinsen auszuhinzugeben; —

2. Habe es bei den Kostenbestimmungen des bezirksgerichtlichen Urtheiles sein Verbleiben; —

3. Habe der Beklagte auch die dießseitigen Kosten und an die Klägerin im Ganzen eine Prozeßentschädigung von 48 Fr. zu bezahlen.

Digitized by Google

VI.

Bei Vaterschaftsklagen ist die Einrede der verspäteten Anzeige der Schwangerschaft prozeßhindernd.

Das Obergericht des Standes Zürich

hat

am 7. September 1848, nach Anhörung des Antrages seiner Justiz-Commission, in Sachen des Herrn Procurator Funk, Namens des Rudolf Zöbeli von Oberweningen, dato in der Althaus zu Affoltern, betreffend Beschwerde über einen Beschluß des Bezirksgerichtes Regensberg,

da sich ergeben:

A. Bei dem Bezirksgerichte Regensberg sei ein Vaterschaftsprozeß in Sachen der Barbara Weidmann, Hs. Jacoben, in Affoltern, Klägerin, gegen den Recurrenten anhängig; —

B. Klägerin habe am 20. März d. J. dem Pfarramte Affoltern ihre Schwangerschaft angezeigt und sei dann laut Berichtes des Herrn Bezirksarztes Wäckerling am 26. Mai d. J. mit einem Mädchen um 3 bis 4 Wochen zu früh niedergekommen; —

C. Der Anwalt des Beklagten habe sodann bei einer am 1. Juli d. J. stattgehabten Commissionalverhandlung eingewendet, es sei die Klage verspätet, indem nach der Auslegung, welche der §. 160 des Matrimonialgesetzes in der Praxis gefunden habe, die Dauer der Schwangerschaft im günstigen Falle auf 36 Wochen oder 252 Tage zu berechnen sei, so daß, wenn man diese 252 Tage vom 26. Mai d. J. an rückwärts zähle, die Conception auf den 17. September falle, folglich die Klage bis spätestens am 17. März d. J., als dem letzten Tage

des sechsten Monates, hätte angebracht werden sollen und mithin, da selbige erst am 20. März bei dem Pfarramte eingeleitet worden, um drei Tage verspätet sei; —

D. Die Commission habe hierauf Actenschluß erkannt, das Bezirksgericht aber durch Beschluß vom 5. Juli d. J. die Einrede der Verspätung der Klage als unbegründet erklärt, weil auch der Umstand, daß die Klägerin 3 bis 4 Wochen zu früh geboren habe, zu Gunsten derselben in Berechnung falle, den Actenschluß aufgehoben und die Commission beauftragt, der Klägerin den Beweis für die Wahrscheinlichkeit des behaupteten fleischlichen Umganges mit dem Beklagten abzunehmen; —

E. Gegen diesen Beschluß recurrire nun Herr Proc. Funk Namens des Beklagten und stelle das Gesuch, daß derselbe aufgehoben und das Bezirksgericht angewiesen werde, über die Frage der Verjährung durch ein besonderes Vorurtheil zu entscheiden, allfällig nach Einholung weiterer Gutachten; —

F. Herr Proc. Bucher trage Namens der Klägerin auf Verwerfung des Recurses an, weil das Begehren des Beklagten im Allgemeinen unsern Proceßregeln und namentlich der Bestimmung des §. 74 des organ. Gesetzes über das Gerichtswesen widerspreche, und suche sodann in materieller Beziehung die in dem recurrirten Beschlusse ausgesprochene Ansicht weiter zu begründen; —

G. Das Bezirksgericht bemerke in seinem Berichte, daß die Frage der Verjährung durch Urtheil zu entscheiden sei, sei im Allgemeinen richtig, im vorliegenden Falle habe man sich aber jetzt schon über diesen Punkt äußern müssen, um die Aufhebung des von der verordneten Commission erklärten Actenschlusses zu begründen; übrigens schiene es denn doch zu viel, wenn, dem gewöhnlichen Zwischenurtheile über die Frage der Eidesleistung vorangehend, noch ein besonderes Zwischenurtheil über die Frage der Verjährung erlassen werden müßte, und es würde sich ein solches Verfahren auch nicht gut mit dem §. 74 des organ. Gesetzes

Digitized by Google

über das Gerichtsweſen zuſammenreimen, der nur von Einem Zwiſchenurtheile betreffend die Frage der Eidesleiſtung rede:: —

in Erwägung:

1) Daß, wie ſich dießſeitige Stelle ſchon früher unter dem 24. Auguſt 1835 in Sachen Isler c. Meili (Monatschronik, Bd. VI. S. 144*) ausgeſprochen hat, gemäß §§. 148, 150 u. 151 des Matrimonialgeſetzes die Einrede der Verſpätung der Anzeige der Schwangerſchaft als Einlaſſung hindernd anzuſehen und bei deren Vorſchätzung ohne Conſens des Beklagten weiter auf die Klage nicht einzutreten iſt, ſondern ſich die Verhandlungen und allfällige Beweisabnahmen lediglich auf die Frage der verſpäteten Anzeige zu beſchränken haben und ſodann über dieſelbe durch Urtheil zu erkennen iſt, in welchem alſo, wenn die Einrede richtig iſt, der Beklagte von der Klage entbunden, ſofern ſie unrichtig iſt, derſelbe zur Einlaſſung ſchuldig erkannt wird; —

2) daß nun von dieſem Verfahren wieder abzugehen genügende Gründe nicht vorhanden ſind:: —

mit Einmuth beſchloſſen:

1. Sei der Recurs im Sinne der Erw. 1 begründet und daher unter Aufhebung des recurrirten Beſchluſſes, ſoweit derſelbe entgegenſteht, das Bezirksgericht Regensberg angewieſen, gemäß Erw. 1 zu verfahren; —

2. Seien die Ausfertigungsgebühren einſtweilen von den Parteien zu gleichen Theilen zu tragen; —

3. Sei dieſer Beſchluß dem Bezirksgerichte Regensberg für ſich und zu Handen beider Parteien unter Rückſendung der Acten mitzutheilen.

---

*) Vgl. dieſe Zeitſchrift, Bd. IX. S. 290 fgde.

Digitized by Google

VII.

Ueber den Umfang des den Miethzinsforderungen im Concurse zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes auf die Illaten.

Das Bezirksgericht Zürich

hat

am 15. Juli 1848 in Sachen des Herrn Fürsprech Meier, Namens der Frau Wittwe Susanna Bühler, geb. Bryner, auf Stüßihofstatt dahier, Klägerin, gegen Herrn Procurator Brändli, Namens des Hrn. Johannes Häberling dahier, als Vormundes der Ehefrau des falliten Weinschenks Johannes Wunderli von Meilen, seßhaft dahier, Dorothea, geb. Häberling, — ferner substituirt von Herrn Fürsprech Schinz, Namens Herrn Albert Fortdran in Zürich, Beklagte, betreffend Miethzinsforderung und Vindication, über die Rechtsfrage: „Ist die Eigenthumsansprache der Klägerin an zwei tannene Tische und eine Bank, ferner ihre Forderung von 225 fl. als dreivierteljähriger Miethzins vom 1. April bis Ende des Jahres 1848 und das dafür angesprochene gesetzliche Pfandrecht an die Illaten begründet?“

da sich ergeben:

A. Im Januar d. J. habe Klägerin mit dem Extdar einen Miethvertrag abgeschlossen, wonach dieselbe dem Letztern verschiedene Räumlichkeiten in ihrem Hause Nr. 478 gr. Stadt nebst Fahrhabegegenständen, worunter 2 Tische sammt Wandbänken, zum Gebrauche um den jährlichen Miethzins von 300 fl., vorauszahlbar in vierteljährlichen Raten von 75 fl., überlassen und wobei als Anfang der Miethe der erste Januar d. J. bezeichnet und halbjährliche Aufkündung je auf den 31. December verabredet worden; —

Digitized by Google

B. Im Concurse des am 11. Mai d. J. in Folge Insolvenzerklärung in Concurs gerathenen Miethers habe Klägerin zwei tannene Tische und eine Bank vindicirt, eine Forderung von 225 fl. als dreivierteljährigen Miethzins vom 1. April bis Ende des Jahres angemeldet und dafür ein Privilegium auf die Illaten angesprochen; —

C. Vor Gericht lassen die Beklagten die Protestation gegen die Vindication fallen; ebenso anerkenne die Beklagte, die mit Bezug auf den Miethzins allein protestirt, die Miethzinsforderung, bestreite dagegen, daß dieser Forderung das Privilegium für einen höheren Betrag als den vom 1. April bis zum Tage der Concurseröffnung erlaufenen Miethzins zustehe, indem mit dem Concurse der Miethvertrag aufgelöst sei; —

D. Klägerin dagegen behaupte, das Privilegium stehe ihr für den dreivierteljährigen Miethzins vom 1. April bis Ende dieses Jahres zu, weil erst auf den 31. December d. J. der Vertrag habe aufgekündet werden können und ihr nicht möglich gewesen sei, das Lokal weiter zu vermiethen:: —

in Erwägung:

1) Daß, da die Beklagten von der Protestation gegen die Vindication abgestanden, ebenso die Beklagte die Miethzinsforderung an sich nicht bestreitet, sich bloß noch fragt, ob für die ganze geltend gemachte Miethzinsforderung oder bloß für den vom 1. April bis zur Concurseröffnung erlaufenen Betrag das Privilegium auf die Illaten zustehe; —

2) daß nun aber das Letztere angenommen werden muß, da mit Eintritt des Concurses das Miethverhältniß zwischen Klägerin und dem Exidar sich auflöst und nicht einmal behauptet wird, daß Klägerin mit der Concursmasse den Miethvertrag erneuert habe:: —

mit Einmuth erkannt:

1. Sei die Vindication und die Miethzinsforderung der Klägerin gutgeheißen; —

Digitized by Google

2. Habe dieselbe für den vom 1. April bis zum 11. Mai d. J. erlaufenen Miethzins das Privilegium anzusprechen, für den übrigen Betrag dagegen nicht; —

3. Seien der Klägerin die Prozeßkosten zu $^3/_4$, den Beklagten zu $^1/_4$ auferlegt.

In Folge der von der Klägerin gegen das bezirksgerichtliche Urtheil ergriffenen Appellation hat sodann das Obergericht am 29. August 1848,

in Erwägung:

Daß nach dem ganzen Zusammenhange des §. 38, Thl. X. S. 154 des Stadt- und Landrechtes keinem Zweifel unterliegt, daß das Privilegium, welches dem Vermiether eines Gebäudes eingeräumt ist, sich auf den Miethzins für das letzte Jahr in seinem ganzen Umfange beziehe, zumal auch der Miether schuldig ist, den Miethzins bis zum Ablaufe des Miethjahres selbst dann zu bezahlen, wenn er aus irgend einem Grunde von der Miethe keinen Gebrauch machen will, sofern nämlich die Parteien nicht etwas Anderes verabredet haben; daß also auch in vorliegendem Falle die Ansprache der Klägerin auf das Privilegium für den Miethzins des ganzen laufenden Jahres gerechtfertigt wäre und daher hätte gutgeheißen werden müssen, wenn sie nicht laut der oben Fact. B bezeichneten Erklärung für die Zeit nach dem 15. September d. J. auf dasselbe verzichtet hätte:: —

mit Einmuth gefunden:

Es sei die Berufung der Klägerin begründet, und hierauf

erkannt:

1. Sei die Vindication und Miethzinsforderung der Klägerin, so wie das von ihr in Anspruch genommene Privilegium für die Zeit vom 1. April bis zum 15. September d. J. gutgeheißen; —

2. Haben die Beklagten die sämmtlichen erst- und zweitinstanzlichen

Digitized by Google

Prozeßkosten und an die Klägerin eine Entschädigung von 24 Fr. zu bezahlen; —

3. Sei dieses Urtheil dem Bezirksgerichte Zürich unter Rücksendung der Acten und den Parteien mitzutheilen.

VIII.

Ueber den Kauf auf Lieferung.

Das Bezirksgericht Uster

hat

am 15. Juli 1848 in Sachen der Herren Staub-Landis u. Comp. in Adlischweil, Kläger und Wiederbeklagte, gegen Herrn Oberstlieut. Heinrich Kunz in Uster, Beklagter und Widerkläger, betreffend Kauf, über die Rechtsfragen: 1. „Ob Beklagter und Widerkläger schuldig sei, an die Kläger und Widerbeklagten 305 fl. 1 kr. nebst Zins vom 27. November 1846 an bis zum Zahltage, so wie den Zins von 7267 fl. 42 kr. à 6 % vom 27. November 1846 bis zum 2. Mai 1847 zu bezahlen? 2. Ob die Forderung des Beklagten und Widerklägers an die Kläger und Widerbeklagten von 61 fl. 33 kr. begründet sei?"

da sich ergeben:

In Bezug auf die erste Frage:

A. Herr Heinrich Ziegler-Girtanner, Sensal in Zürich, habe am 27. November 1846 für Rechnung Herren Staub-Landis u. Comp. in Adlischweil an Herrn Heinrich Kunz in Uster 70 Ballen Mako-Baumwolle von Triest nach Zürich zum Preise von 45 fl. per Centner mit 3 % Sconto verkauft; —

B. Am 22. Februar 1847 haben Kläger und Wiederbeklagte dem Beklagten und Widerkläger folgende vom 20. gl. M. datirte Factur zugestellt:

Digitized by Google

„Verkaufen wir Ihnen durch Senfal Ziegler-Girtanner sub 27. Nov. 1846 und senden Ihnen durch Vermittlung von Bavier u. Comp. in Chur in Ihre Spinnerei Linththal und zu Ihrer Verfügung in's Kaufhaus Zürich

40 Ballen Nr. 229—268, wiegend Pf. 10089 in die Spinnerei Linththal,

30 Ballen Nr. 269—298 in die Spinnerei Windisch, wiegend 7518 Pf., zusammen 17607 Pf.

Tara 4 % 704 „

16903 Pf.

Pf. 16903 à 45 fl. % fl. 7606. 21 kr.

weniger für Fracht

Pf. 1089 à 40 kr. „ 33. 38 „ 7572 fl. 43 kr.“; —

C. Kläger und Wiederbeklagte anerkennen nun an jene 7572 fl. 43 kr. unter dem 2. Mai 1847 empfangen zu haben 7267 fl. 42 kr., so daß ihnen noch zu Gute kommen 305 fl. 1 kr. nebst Zins davon vom 27. November 1846 an bis zum Zahltage, so wie der Zins von gleichem Tage bis zum 2. Mai von den an diesem Tage von dem Beklagten und Wiederkläger bezahlten 7267 fl. 42 kr., und suchen diese Forderung dadurch zu begründen,

a) daß Beklagter und Wiederkläger den Brief der Kläger und Wiederbeklagten vom 1. Januar 1847, der die Angabe enthalte, daß der Werth vom 27. November 1846 als dem Tage des Kaufgeschäftes an verstanden werde, angenommen und dadurch diesen Umstand stillschweigend anerkannt habe, —

b) daß Beklagter und Wiederkläger die Factur vom 20. Februar, so wie die Waaren angenommen und über diese verfügt habe, woraus hervorgehe, daß letzterer mit den von den Klägern und Wiederbeklagten festgesetzten Bedingungen einverstanden gewesen sei, —

c) daß der Kauf zahlbar per comptant 3 % Sconto abgeschlossen

Digitized by Google

worden, Beklagter und Wiederkläger aber erst am 2. Mai jene 7267 fl. 42 kr. bezahlt habe, somit kein Sconto von 3 % in Abrechnung gebracht werden könne, da Beklagter und Wiederkläger nicht baar bezahlt habe; —

D. Beklagter und Wiederkläger bestreite sowol die von den Klägern und Wiederbeklagten geforderten 305 fl. Capital als den Zins, und behaupte, daß er dieselben für ihre Forderung mit 7267 fl 42 kr. bezahlt habe, indem die von ihnen erhaltene Baumwolle nicht mehr als diesen Betrag ausmache, nämlich

70 Ballen Mako, wiegend 17607 Pf.

Tara 5 % 880 „

netto 16727 Pf. à 45 fl % 7527 fl. 9 kr.

Sconto 245 „ 49 „

7301 fl. 20 kr.,

woran sich der Frachtunterschied auf den nach Linththal bestimmten 40 Ballen, wiegend 10089 Pf. à 20 kr., mit 33 fl. 38 kr. abziehe, mithin bleiben 7267 fl. 42 kr.; —

E. Beklagter und Wiederkläger glaube,

a) daß der Werth nicht vom 27. November 1846, sondern vom 22. Februar 1847, an welchem Tage er die Factur erhalten habe, verstanden sei, —

b) daß nicht 4, sondern 5 % Tara in Abzug fallen, indem die Baumwolle, wie gewöhnlich alle von Triest kommende, mit Seilen gebunden gewesen sei und in diesem Falle nach hiesigem Handelsgebrauche 5 % Tara in Abzug fallen, — und berufe sich für die Richtigkeit dieser Behauptung auch auf einen Bericht des Herrn Sensal Ziegler-Girtanner und auf ein Gutachten von der Handelskammer, —

c) daß er von den bezahlten 7267 fl. 42 kr. keinen Zins schuldig sei, resp. nicht im Verzuge sich befinde, weil er die Kläger und Wiederbeklagten durch Herrn Ziegler-Girtanner habe anfragen

Digitized by Google

lassen, ob sie Zahlung annehmen wollen, und als sie keine Antwort gegeben, habe er denselben amtlich anzeigen lassen, daß er sich wegen der Verzugszinse verwahre und die rechtliche Lösung der streitigen Verhältnisse gewärtige; — eventuell wäre er (Beklagter und Wiederkläger) nur im Verzuge vom Empfang der Waaren bis zur ersten Einfrage durch Hrn. Ziegler-Girtanner, allein hier könne ihn kein Nachtheil treffen, weil nach Handelsgebrauch bei vierzehntägiger Verspätung kein Zins gefordert werde, —

d) daß aus gleichen Gründen 3 % Sconto in Abzug fallen; —

F. Kläger und Wiederbeklagte bestreiten, daß 5 % Tara in Abzug gebracht werden dürfen, indem nach der Triestener Handelsusance nur 4 % Tara in Abzug fallen, nach welcher im vorliegenden Falle gehandelt werden müsse, weil die Waaren eben auch in Triest sich befunden haben und überdieß Beklagter und Wiederkläger die Waaren mit 4 % Tara angenommen und darüber verfügt habe; — der Zins gehe vom 27. November 1846 als dem Tage des Kaufabschlusses an; — die Anzeige des Herrn Ziegler-Girtanner sei irrelevant, weil dieser sowol als Herr Kunz habe wissen müssen, daß letzterer verpflichtet gewesen, die Zahlung an die Kläger und Wiederbeklagten in ihrem Domicil zu leisten und keineswegs ihnen nur sagen zu lassen, daß die Zahlung zu ihrer Disposition stehe; — übrigens haben sie am 12. April dem Herrn Ziegler-Girtanner durch das Stadtammannamt anzeigen lassen, daß sie geneigt seien, das Geld zu jeder Stunde anzunehmen, und hierauf die Zahlung erst am 5. Mai erfolgt sei; —

G. Aus einer Erklärung des Herrn Ziegler-Girtanner (Act. 6) gehe hervor, daß derselbe für Rechnung Herren Staub-Landis u. Comp. in Adlischweil an Herrn Heinrich Kunz in Uster 70 Ballen Mako-Baumwolle von Triest nach Zürich um den Preis von 45 fl. per Centner mit 3 % Sconto in Zürich anzunehmen, auf Lieferung ohne Garantie für die Zeit der Ankunft, aber mit der Erklärung, daß nach Eingang der Waare in Zürich Rechnung ertheilt

Digitized by Google

werde, verkauft habe; — über diesen Geschäftsabschluß besitze er (Herr Ziegler-Girtanner) von beiden contrahirenden Theilen schriftliche Ratification; es folge hieraus unzweifelhaft die Verpflichtung der Verkäufer, die Waare nach Zürich zu liefern und alsdann Rechnung zu geben, und diejenige des Käufers, diese Rechnung nach Empfang prompt (nach dem hiesigen Gebrauche innerhalb 14 Tagen) zu berichtigen und dafür 3 % Sconto in Abzug zu bringen; —

Der hiesige Handelsgebrauch sei bei Verkäufen auf Lieferung folgender: Wenn die verkaufte Waare auf dem Platze angekommen, wo sie der Käufer nach dem Vertrage zu übernehmen habe, und nachdem sie auf der öffentlichen Waage abgewogen worden, habe der Verkäufer nach diesem Gewichte Rechnung zu ertheilen, und der Käufer genieße 1) bei Baarzahlung 3 % Sconto, 2) 5 % Tara, wenn die Baumwolle gefeilt sei; — die von Herrn Kunz bezogene Baumwolle sei wirklich gefeilt gewesen, was er (Herr Ziegler) selbst gesehen habe; er habe mit Brief vom 12. März 1847 die Herren Staub-Landis u. Comp. um eine Erklärung ersucht, ob sie den von Herrn Kunz anerkannten Betrag von 7267 fl. 42 kr. per Saldo der Rechnung über die 70 Ballen Mako-Baumwolle annehmen wollen oder nicht, und habe sich anerboten, diesen Betrag den Herren Staub-Landis u. Comp. zu übermachen; — hierauf sei von diesen keine Antwort erfolgt und er (Herr Ziegler-Girtanner) habe nun im Auftrage des Hrn. Kunz unter dem 5. April 1847 den Herren Staub-Landis u. Comp. durch das Gemeindeammannamt Adlischweil eine amtliche Verwahrung wegen Verzugszinsen zustellen lassen; —

H. Die Handelskammer habe die ihr vorgelegten Fragen, ob die Behauptung der Kläger und Wiederbeklagten, daß der Triestener Handelsgebrauch, wonach 4 % Tara zu berechnen seien und der Werth vom Tage des Kaufabschlusses an verstanden werde, oder diejenige des Beklagten und Wiederklägers, daß der Zürcher Handelsgebrauch, wonach 5 % Tara in Berechnung fallen, angewendet und der Werth vom Tage

Digitized by Google

der Ausstellung der Factur an verstanden werden müsse, die richtige sei, dahin beantwortet, daß in vorliegendem Falle der hiesige Handelsbrauch in Anwendung zu bringen sei, nach welchem 5 % Tara zu berechnen und der Werth vom Tage der Ausstellung der Factur an (20. Februar 1847) zu verstehen sei; —

In Bezug auf die zweite Frage:

J. Beklagter und Wiederkläger gründe seine Gegenforderung von 61 fl. 33 kr. darauf,

a) daß die erhaltenen 30 Ballen Baumwolle nach dem Waagzedel aus dem Waaghause von Zürich (Act. 24) 141 Pf. netto weniger gewogen als ihm Kläger und Wiederbeklagte in der Factur vom 20. Februar 1847 (Act. 3) berechnet und dafür von ihm auch den Betrag von 61 fl. 33 kr. erhalten haben, —

b) daß er zur Zeit der Bezahlung noch nicht im Besitze des Waagscheines gewesen und daher die Differenz nicht habe entdecken können, indem er denselben erst Anfangs Mai nach geschehener Zahlung erhalten habe, was sich aus einer Bescheinigung der Kaufhausverwaltung (Act. 28) ergebe; —

K. Herr J. Caspar Wirz, Magazinier am Kaufhause in Zürich, bezeuge schriftlich, daß dem Herrn Kunz der Waagschein über die von den Herren Staub-Landis u. Comp. in Adlischweil unter dem 28. Februar 1848 im Kaufhause Zürich zu seiner Verfügung gestellten und am 16. April in die Spinnerei nach Windisch verladenen 30 Ballen Mako-Baumwolle, 7370 Pf. wiegend, erst Anfangs Mai 1847 auf ausdrückliches Verlangen des Herrn Kunz eingesandt worden sei, da in der Regel Gewichtsverzeichnisse über Baumwolle einzig dem Verkäufer, nicht aber dem Empfänger zugestellt werden; —

L. Kläger und Wiederbeklagte bestreiten diese Forderung, weil

a) der Handel nach dem Gewichte in Chur abgeschlossen worden und Beklagter und Wiederkläger sich gefallen lassen müsse, daß das Gewicht in Chur in die Rechnung falle, —

Digitized by Google

b) Beklagter dieses Gewicht durch Annahme der Factur und Bezahlung des Betrages anerkannt habe, indem bestritten werde, daß er (Beklagter und Wiederkläger) den Waagschein erst Anfangs Mai 1847 erhalten habe:: —

in Erwägung:

1) Daß die Forderung der Kläger und Wiederbeklagten von 305 fl. daher entspringt, daß sie entgegen der Behauptung des Beklagten und Wiederklägers, daß ihm 5 % Tara von 17607 Pf. Baumwolle und 3 % Sconto zu Gute kommen, nur 4 % Tara und gar Nichts für Sconto in Abzug bringen; —.

2) daß sich daher nur fragt, ob Kläger und Wiederbeklagte sich einen Abzug von

a) 5 % Tara und

b) 3 % Sconto an ihrer Forderung gefallen lassen müssen; —

3) daß diese Frage bejahend entschieden werden muß, wenn berücksichtigt wird,

ad a:

a) daß der unter Act. 7 im Rechten liegende Abschlußzedel vollkommen beweist, daß das fragliche Rechtsgeschäft nach hiesigem Gewichte und Gebrauche verstanden abgeschlossen wurde, —

b) daß dieß auch von dem handelnden Sensale Hrn. Ziegler-Girtanner, unter dessen Vermittlung jenes Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde, bezeugt wird, und welchem Zeugniß Glauben beigemessen werden muß., weil er als beeidigter Sensal das Interesse beider Litiganten in der gleichen Frage gleich zu berücksichtigen hatte, —

c) das Gutachten der zürcherischen Handelskammer, nach welchem in vorliegendem Falle unzweifelhaft der hiesige Handelsgebrauch in Anwendung kommt und diesem gemäß auch 5 % Tara zu berechnen sind, —

d) daß eine stillschweigende Anerkennung von 4 % Tara ab Seite

Digitized by Google

des Beklagten und Wiederklägers nicht angenommen werden kann, da

aa) der Brief der Kläger und Wiederbeklagten vom 1. Januar 1847 kein Wort davon enthält, welcher Sconto und welche Tara in Abzug fallen, —

bb) Beklagter und Wiederkläger, sobald er die Factur erhielt und aus dieser zum ersten Male sah, daß ihm nur 4 % Tara in Abzug fallen, sogleich den Klägern und Wiederbeklagten schrieb, daß er sich nicht 4 % Tara gefallen lasse, sondern 5 % Abzug verlange; —

ad b:

a) daß der Abschlußzedel (Act. 7), so wie der Brief der Kläger und Wiederbeklagten vom 1. Januar 1847 (Act. 8) dem Beklagten und Wiederkläger 3 % Sconto zusichert, —

b) daß nicht dem Beklagten und Wiederkläger Verzug wegen Baarzahlung zur Last fällt, sondern die Kläger und Wiederbeklagten es sich selbst zuzuschreiben haben, daß die Zahlung erst am 5. Mai 1847 erfolgte, wenn betrachtet wird,

aa) daß Beklagter und Wiederkläger schon in seinem Briefe vom 16. Januar 1847 (Act. 3) Factur verlangte, —

bb) daß derselbe, sobald er die Factur erhalten, den Klägern und Wiederbeklagten mit Brief vom 26. Februar 1847 (Act. 5) angezeigt, daß sie unrichtig sei, weil darin nur 4 % Tara, der Werth vom 27. November 1846 und die 3 % Sconto nicht angesetzt seien, während er 5 % Tara, den Werth vom Tage der Factur und 3 % Sconto verlange, und sie ersucht hat, sich zu erklären, ob sie damit einverstanden seien, da die Anschaffung bereit liege, —

cc) daß aus dem Briefe der Kläger und Wiederbeklagten vom 27. Februar 1847 (Act. 2) hervorgeht, daß sie mit der

Digitized by Google

in dem Briefe des Beklagten und Wiederklägers vom 26. gl. M. ausgesprochenen Ansicht nicht einverstanden waren, was einzig die Veranlassung sein muß, daß die von dem Beklagten und Wiederkläger anerkannte Summe nicht sogleich bezahlt wurde, —

dd) daß Herr Ziegler-Girtanner bezeugt, daß Herr Kunz ihm schon am 12. März den Auftrag gegeben, die Herren Staub-Landis u. Comp. anzufragen, ob sie den von Hrn. Kunz anerkannten Betrag von 7267 fl. 42 kr. annehmen wollen, daß er hierauf aber ohne Antwort geblieben und dann im Auftrage des Hrn. Kunz durch das Gemeindeammannamt Adlischweil unter dem 5. April zu einer Rechtsverwahrung an die Herren Staub-Landis und Comp. wegen Verzugszinsen veranlaßt wurde, —

ee) daß hierauf dann die Herren Staub-Landis u. Comp. erst am 12. April dem Hrn. Ziegler-Girtanner die amtliche Anzeige zukommen ließen, daß sie das Geld annehmen wollen, worauf dann Herr Ziegler-Girtanner für Rechnung Hrn. Kunz an die Herren Staub-Landis u. Comp. 7267 fl. 42 kr. bezahlte, für welche diese am 2 Mai 1847 quittirten (Act. 13), —

ff) daß, obschon es vom 12. April, an welchem Tage Kläger und Wiederbeklagte erklärten, Zahlung annehmen zu wollen, bis 2. Mai anstand, bis Zahlung erfolgte, Beklagter und Wiederkläger gleichwol nicht in einem solchen Verzuge ist, der ihn des Rechtes zum Abzuge der 3 % Sconto verlustig machen könnte, da die Anzeige des Hrn. Ziegler-Girtanner an Hrn. Kunz, daß die Herren Staub-Landis u. Comp. Zahlung annehmen wollen, und die Uebersendung des Betrages an Hrn. Ziegler-Girtanner

Digitized by Google

und Abgabe desselben an jene eben eine solche Zeit erfordert haben mag, übrigens nach dem bekannten kaufmännischen Gebrauche bei verabredeter Baarzahlung 3 % Sconto in Abzug fallen, wenn die Zahlung innerhalb 14 Tagen vom Verfallstage an erfolgt; —

4) daß auch die Zinsforderung aus den in Erw. 3 ad b angegebenen Gründen und dem Umstande nicht Stich hält, daß nach dem Berichte der Handelskammer nach hiesigen Handelsgebräuchen der Werth vom Tage der Ausstellung der Factur, in vorliegendem Falle vom 20. Februar zu verstehen ist; —

5) daß dagegen die Gegenforderung des Beklagten und Wiederklägers begründet ist, da durch den Waagschein vom Waagamte Zürich nachgewiesen ist, daß diejenigen 30 Ballen Baumwolle in die Spinnerei Windisch 141 Pf. netto weniger an Gewicht hielten, was nach dem Kaufpreise 61 fl. 33 kr. ausmacht, als Kläger und Wiederbeklagte sich nach der Factur bezahlen ließen, und Beklagter und Wiederkläger zur Zeit der Bezahlung der 7267 fl. 42 kr. diesen Irrthum noch nicht entnehmen konnte, da er nach der Bescheinigung der Kaufhausverwaltung (Act. 28) das Gewichtsverzeichniß erst am 30. April erhielt, während er (Act. 29) die Zahlung zwei Tage früher machte, somit von Anerkennung durch Bezahlung und Annahme der Factur keine Rede sein kann, sondern vielmehr durch jene Umstände der Beweis für Bezahlung einer Nichtschuld ab Seite des Beklagten und Wiederklägers geleistet ist:: —

mit Einmuth erkannt:

1. Seien Kläger und Wiederbeklagte mit ihrer Forderung abgewiesen; —

2. Seien sie schuldig, an den Beklagten und Wiederkläger 61 fl. 33 kr. zu bezahlen; —

3. Tragen sie die erlaufenen Kosten; —

Digitized by Google

4. Haben dieselben den Beklagten und Wiederkläger mit 24 Fr. zu entschädigen; —

5. Mittheilung an die Parteien.

Das Obergericht hat am 2. October 1848 in Folge der von den Klägern und Wiederbeklagten gegen das bezirksgerichtliche Urtheil eingelegten Appellation,

in Erwägung:

1) Daß durch den Abschlußzedel vom 27. November 1846 erwiesen, übrigens auch nicht bestritten ist, daß dem Beklagten beim Kaufsabschlusse das Recht eingeräumt worden sei, bei sofortiger Baarzahlung 3 % Sconto in Abrechnung zu bringen, was einem halbjährigen Zinse von dem Kaufpreise, zum kaufmännischen Zinsfuße zu 6 % berechnet, gleichkommt, und woraus folgt, daß eigentlich dem Beklagten als Käufer eine sechsmonatliche Zahlungsfrist von Mittheilung der Factur an bewilligt gewesen, dabei aber gestattet worden sei, für jeden Monat früherer Zahlung ½ % in Abzug zu bringen; —

2) daß nun aber, obgleich schon am 22. Februar 1847 theils die letzten 30 Ballen der verkauften Baumwolle in's hiesige Kaufhaus geliefert, theils dem Beklagten Factur über alle 70 Ballen ertheilt wurde, dennoch die Zahlung an die Kläger erst am 2. Mai 1847 stattfand und daher bei Berechnung des Sconto in Frage kommt, ob und in wie weit in der Zwischenzeit der Beklagte sich mit der von ihm zu leistenden Zahlung im Verzuge befunden habe; —

3) daß in dieser Beziehung so viel feststeht, daß die Zahlung bis zum 12. März, also während 18 Tagen vom 22. Februar an gerechnet, den Klägern nicht angeboten worden sei, während, wenn auch über die Berechnung des Kaufpreises sich zwischen den Parteien Anstände erhoben hatten, doch den Beklagten Nichts gehindert hätte, sofort

Digitized by Google

den von ihm anerkannten Betrag den Klägern in Gewärtigung, ob er von ihnen werde angenommen werden, abzuliefern oder wenigstens anzubieten; —

4) daß hingegen durch die Erklärung des Herrn Sensal Ziegler (Act. 6) und das hierauf bezügliche Geständniß der Kläger hergestellt ist, daß der Beklagte durch Herrn Ziegler am 12. März den Klägern die Bezahlung des nicht streitigen Theiles des Kaufpreises habe anerbieten lassen, ohne daß die Kläger dieses Anerbieten acceptirt oder auch nur darauf geantwortet hätten, daher von dieser Zeit an der Beklagte sich nicht mehr im Zahlungsverzuge, wol aber die Kläger im Empfangsverzuge befunden, und zwar bis zum 12. April, als dem Tage, an welchem die Kläger dem Herrn Ziegler zu Handen des Beklagten anzeigen ließen, daß sie bereit seien, die angebotene Zahlung anzunehmen, von wo an dann aber bis zum 2. Mai, an welchem die Zahlung den Klägern geleistet wurde, der Beklagte sich wieder im Verzuge befindet; —

5) daß unter diesen Umständen es sich rechtfertigt, anzunehmen, der Beklagte habe sich beiläufig einen Monat lang im Verzuge befunden und demnach den auf den Fall sofortiger Bezahlung auf 3 % angesetzten Sconto auf 2½ % zu reduciren, was denn auch mit Rücksicht darauf, daß 3 % Sconto übungsgemäß auch dann bewilligt werden, wenn innert 14 Tagen bezahlt wird, vollkommen genügt; —

6) daß hievon ausgegangen und bei Zusammenfassung von Klage und Wiederklage das Rechnungsverhältniß der Parteien sich folgendermaßen herausstellt:

Das facturirte Gewicht der verkauften Baumwolle beträgt	Brutto	17607 Pf.
hievon ziehen sich ab als zu viel berechnet	„	148 „
und bleiben als wirklich geliefert . . .	Brutto	17459 Pf.
wovon abgehen 5 % Tara	„	873 „
		16586 Pf.

Digitized by Google

deren Preis per Centner à 45 fl. gerechnet zu stehen kommt auf . . . . . 7463 fl. 42 kr.

von welchem Betrage in Abzug fallen 2½ % Sconto . . 186 fl. 35 kr.
und der nicht streitige Frachtunterschied von . . . . 33 „ 38 „ } 220 „ 13 „

so daß der Beklagte zu bezahlen schuldig war 7243 fl. 29 kr.

währenddem derselbe mehr bezahlt hat . . 24 „ 13 „

nämlich 7267 fl. 42 kr.

7) daß der Punkt, mit Bezug auf welchen die Berufung der Kläger zum Theil als begründet erscheint, zu unbedeutend ist, um auf die Kosten irgend welchen Einfluß ausüben zu können, wol aber es sich rechtfertigt, wenn dem Beklagten keine andere als die Entschädigung gesprochen wird, welche ihm für vergebliches Erscheinen unter dem 23. November v. J. und unter dem 22. Februar d. J. gebührt:: —

durch Stimmenmehrheit (im Gegensatze eines Antrages auf Abzug von 1 % wegen Zahlungsverzug), im Uebrigen mit Einmuth

gefunden:

Es sei die Berufung der Kläger zum Theil begründet, und hierauf

erkannt:

1. Seien die Kläger und Wiederbeklagten schuldig, an den Beklagten und Wiederkläger 24 fl. 13 kr. zu bezahlen, mit allen weiteren Forderungen seien beide Parteien abgewiesen; —

2. Haben die Kläger die sämmtlichen erst- und zweitinstanzlichen Prozeßkosten und an den Beklagten (für vergebliches Erscheinen) eine Entschädigung von 16 Fr. zu bezahlen; —

3. Sei dieses Urtheil dem Bezirksgerichte Uster unter Rücksendung der Acten und den Parteien mitzutheilen.

Digitized by Google

IX.

Aus den obergerichtlichen Entscheidungen während der Monate August, September und October 1848. Mitgetheilt von Hrn. Obergerichtsschreiber Römer.

1. M. betreibt den H. als Bürgen für eine grundversicherte Forderung. H. weigert die Bezahlung, weil

1) seine Bürgschaft nur eine Indemnitätsbürgschaft sei, —

2) gar nicht gewiß sei, daß M. zum Zuge komme, da noch ein Einzinser vorhanden sei, —

3) M., wenn er den Zug thun müsse, keinen Schaden erleiden werde.

M. weigert sich auf jeden Fall, den Zug zu thun, weil er Gefahr großen Nachtheils laufen würde.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) daß nach Act. 3 Beklagter nur „der Schuldurkunde nach", also nur für den Fall, daß die verschriebenen Unterpfande zur Deckung nicht genügen sollten, Bürgschaft geleistet hat, mithin eine bloße sog. Schadlos- oder Indemnitätsbürgschaft vorliegt, deren Bedeutung es mit sich bringt, daß bloß der Schaden ersetzt werden muß, welcher sich bei der endlichen Liquidation herausstellt; daß also §. 13 u. 14, Thl. VI. S. 80 des Stadt- und Landrechtes hier keine Anwendung finden, weil sie der Indemnitätsbürgschaft gar nicht erwähnen, sondern nur von den Arten der Bürgschaft sprechen, bei welchen der Bürge ohne Rücksicht auf das Vorhandensein anderweitiger Deckung für den Schuldner haftet und daher belangt werden kann, sobald der Rechtstrieb, welcher gegen den

Digitized by Google

Schuldner angehoben worden ist, ein gewisses Stadium erreicht hat, vielmehr lediglich in Frage kommt, ob Kläger nachgewiesen habe, daß und in welchem Betrage ein Verlust sich herausgestellt habe; —

2) daß nun aber, da auf den Fall, daß der gemäß Inhalts des bezirksgerichtlichen Urtheils vorhandene Einzinser zieht, Kläger wenigstens einstweilen auf den Unterpfanden Nichts verlöre, und, wenn aus irgend einem Grunde er (der Kläger) selbst früher oder später zum Zuge käme, seine gänzliche Befriedigung aus den Unterpfanden denkbar wäre, das Verhältniß, unter welchem die Indemnitätsbürgschaft erst wirksam werden soll, zur Zeit noch nicht vorhanden und daher gegenwärtig das Klagbegehren noch nicht begründet ist, vielmehr abgewartet werden muß, ob nicht Kläger durch den ziehenden Einzinser zu seiner Zahlung gelangen, oder ob verneinenden Falls und sofern dann Beklagter ihn selbst zum Zuge Behufs Liquidation seiner Forderung und Feststellung etwaigen Verlustes nöthigen würde (vorbehältlich übrigens des Rechtes des Klägers bei etwaiger Zweifelhaftigkeit der Zweckmäßigkeit eines solchen Zuges von dem Indemnitätsbürgen, der ihn dazu auf die Gefahr hin, noch größern Schaden zu erleiden, anhalten würde, vorerst genügende Sicherstellung für weitern aus dem Zuge sich etwa ergebenden Nachtheil zu verlangen), er nicht in den Zugsobjecten selbst volle Deckung für seine Forderung und Kosten finden würde:: —

mit Einmuth gefunden:

Es sei die Berufung des Klägers unbegründet, und hierauf

erkannt:

1. Sei Kläger mit seinem Begehren zur Zeit abgewiesen; —

2. Habe es hinsichtlich der erstinstanzlichen Prozeßkosten und der Entschädigung bei den Bestimmungen des bezirksgerichtlichen Urtheils sein Verbleiben; —

Digitized by Google

3. Habe Kläger die heutigen Prozeßkosten und für heute eine Entschädigung von 8 Fr. zu bezahlen. (Civilprot. vom 19. August 1848 i. S. Meier c. Honegger.)

---

2. [1]) Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Durch amtliche Anzeige vom 14. v. M. habe die Recurrentin E. W. dem H. F. das Fahren mit Klee über ihren Hausweg und den Nebenacker, die Brachzeit ausgenommen, untersagen lassen; —

B. Gegen diese Anzeige habe H. F. Rechtsvorschlag ausgewirkt, und das Gesuch der Recurrentin um Aufhebung dieses Rechtsvorschlages sei durch Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums vom 4. d. M. abgewiesen worden, worüber sich nun Recurrentin beschwere:: —

in Erwägung:

1) Daß, so wie eine sog. amtliche Anzeige nichts Anderes ist, als eine einseitige, von einer (physischen oder moralischen) Person zu Wahrung behaupteter Privatrechte ausgegangene, durchaus keiner vorherigen richterlichen Prüfung ihrer Begründetheit unterliegende, beliebige Mittheilung an ein anderes Subject von Privatrechten, wobei die Mitwirkung des Beamten (Gemeindeammanns) nur zu Sicherung des Beweises dient, ebenso der hierauf genommene sog. Rechtsvorschlag keine andere Bedeutung hat, als diejenige einer ebenfalls zu Sicherung des Beweises durch Vermittelung eines Beamten (des Gerichtspräsidiums) geschehenen Gegenanzeige, daß Derjenige, welchem die Anzeige gemacht worden ist, den Inhalt derselben nicht anerkennen oder gegen sich gelten lassen zu müssen glaube; —
2) daß wie daher der Gemeindeammann dem Anzeigenden seine Hülfe zur Mittheilung nicht zu verweigern befugt ist, eben so wenig der

---

[1]) Vgl. diese Zeitschrift, Bd. VI. S. 399, und Bd. VII. S. 465.

Digitized by Google

Bezirksgerichtspräsident den sog. Rechtsvorschlag auf die Anzeige, d. h. also sein einfaches, auf die Ausfertigung der Anzeige zu setzendes Attestat, daß Derjenige, welchem die letztere erfolgt ist, dieselbe als richtig und verbindlich nicht anerkennen zu müssen glaube, verweigern kann; —

3) daß daher auch von einer Wiederaufhebung eines solchen Rechtsvorschlages, welche ja der Verweigerung der Mitwirkung zur Gegenanzeige gleich käme, nicht die Rede sein kann, und somit der Begriff der Rechtsöffnung, wie er allerdings im Rechtstriebe, wo durch den Rechtsvorschlag eine wirkliche Vollziehung nach vorläufiger Prüfung des Beamten gehemmt wird, eintritt, bei sog. Rechtsvorschlägen auf bloße privatrechtliche Anzeigen gar nicht zur Anwendung kommt, vielmehr Demjenigen, welcher eine Gegenanzeige (sog. Rechtsvorschlag) erhalten hat, wenn er sich nicht entweder dabei beruhigen oder sofort seine vermeintlichen Rechte im ordentlichen Verfahren geltend machen will, nichts Anderes übrig bleibt, als den zuständigen Gerichtsbeamten anzugehen, um bei demselben, sofern die Sache sich dazu eignet, einen förmlichen Befehl (Ge- oder Verbot) auszuwirken, was Recurrentin zwar im vorliegenden Falle beabsichtigt, aber nach Inhalt des recurrirten Bescheides vom 4. d. M. entweder nicht gethan hat oder dabei von dem Bezirksgerichtspräsidium mißverstanden worden sein mag:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet; —

2. Trage Recurrentin die Ausfertigungskosten. (Justizprot. vom 22. August, Nr 4.)

---

3. F. stiehlt dem T. Holz; dieser droht mit Klage und erpreßt auf diese Weise von dem F. 90 fl.

Digitized by Google

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß, was vorerst das von dem Vertheidiger des T. gestellte Begehren um Rückweisung betrifft, um darzuthun, daß er nach Ausstellung des ersten Scheines von verschiedenen Seiten gehört, es sei ihm von F. bedeutend mehr Holz, als er früher geglaubt, entwendet worden, hierauf um so weniger eingetreten werden kann, als Inquisit T. dießfalls in seiner Einvernahme Act. 34, Resp. 12 auf ausdrückliches Befragen erklärte, „es haben es wol einige Leute gesagt, daß ihm noch mehr Holz gestohlen worden, aber nicht, daß sie dafür Bestand thäten, wer, wisse er nicht mehr", und in seinem Schlußverhöre Act. 54, Resp. 22, nachdem er eine Anzahl Zeugen benannt, welche dem F. angeblich entwendetes Holz führen gesehen haben sollen, „er wisse freilich nicht, ob F. ihm (dem T.) das fragliche Holz gestohlen habe", mit Rücksicht hierauf aber die Art, wie nunmehr noch Zeugen producirt werden wollen, sich namentlich auch mit Bezug auf die nahe liegende Annahme von Collusionen als zu bedenklich und gefährlich darstellt; —

2) daß mit Bezug auf die Qualification des vorliegenden Vergehens vor Allem zweierlei Annahmen als möglich gedacht werden müssen, nämlich diejenige des Criminalgerichtes der Erpressung, oder aber diejenige der Nöthigung; —

3) daß zwar der letztern Annahme entgegenzustehen scheint, daß, wie dieß aus den Ueberschriften der Abschnitte des Strafgesetzbuches, unter welchen die in Frage stehenden Vergehen aufgezählt werden, hervorgeht, das Vergehen der Erpressung vorzugsweise gegen das Eigenthum, dasjenige der Nöthigung mehr auf die physische oder psychische Gewalt, welche gegen eine Person ausgeübt wird, gerichtet ist, dagegen nicht außer Acht gelassen werden darf, daß das letztere Verbrechen nach den in der Begriffsbestimmung des-

Digitized by Google

selben angeführten Worten: „sofern die That nicht unter ein anderes Strafgesetz fällt“ den Charakter eines subsidiären trägt, daher nach der eben angeführten ausdrücklichen Bestimmung des Strafgesetzbuches Nichts im Wege steht, Nöthigung da anzunehmen, wo die übrigen Requisite derselben zutreffen; —

4) daß der §. 209 des Strafgesetzbuches jede Nöthigung zu einem Thun oder Lassen mittelst einer gefährlichen Drohung zu dem Zwecke, sich einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, als Erpressung erklärt, und unter gefährlicher Drohung, wie sich das Obergericht schon wiederholt, z. B. unter dem 8. März 1841, ausgesprochen hat, jede auf den Verlust eines wichtigen Gutes (also z. B. auch an Vermögen, Freiheit, Ehre u. s. w.) gerichtete verstanden werden muß; —

5) daß nun mit Bezug auf die Frage, ob hier eine solche gefährliche Drohung vorliege, die Bedrohung mit einer strafrechtlichen Untersuchung weder unbedingt zu den gefährlichen, noch zu den nicht gefährlichen gezählt werden kann, vielmehr Alles auf die Verumständungen des Falles ankommt, unter den obwaltenden Verhältnissen aber die Drohung mit einer Verzeigung wegen eines nicht sehr bedeutenden Holzdiebstales, welcher höchstens mit einigen Tagen Verhaft und geringer Geldbuße bestraft worden wäre, um so weniger als eine gefährliche im Sinne des §. 209 des Strafgesetzbuches zu betrachten ist, als die Klage keineswegs eine unbegründete und aus der Luft gegriffene gewesen wäre, sondern aller Grund vorliegt, um anzunehmen, daß Inquisit T. sehr gute Ursache hatte, an die Begründetheit seines Verdachtes gegen den Damnificaten zu glauben; —

6) daß daher von einer Erpressung im vorliegenden Falle nicht gesprochen werden kann und nun im Weitern zu untersuchen ist, ob das zur Annahme der Nöthigung erforderliche Requisit der Widerrechtlichkeit vorliege, welches dann nicht vorhanden wäre,

Digitized by Google

wenn die Drohung bloß dazu gebraucht worden sein würde, sich für erlittenen Verlust und Umtriebe angemessen entschädigen zu lassen, wogegen, wenn die Drohung angewendet wurde, nicht etwa nur um sich für wirklich oder vermeintlich erlittenen Schaden vollständig entschädigen zu lassen, sondern um sich einen förmlichen Gewinn zuzuwenden, dann die Rechtswidrigkeit eines solchen Verfahrens klar vorliegt, und die Voraussetzung, daß man sich einer Drohung bedient habe, um Etwas zu erlangen, wozu man kein Recht hat oder, wie sich der §. 173 des Strafgesetzbuches ausdrückt, daß man Jemanden ohne Recht oder mit Ueberschreitung der Gränzen seines Rechtes zu Etwas genöthigt habe, unbedingt eintrifft; —

7) daß sich daher mit Bezug auf den vorliegenden Fall lediglich fragt:
   a) ob der erlangte Vortheil ein unverhältnißmäßiger gewesen und
   b) ob derselbe durch Drohungen erlangt worden sei; —

8) daß nun ad a vorerst unzweifelhaft F. dem T. für verkauftes Holz Etwas geschuldet hat, dieß aber nicht mehr als 10 bis 11 fl. beträgt, da hiefür nicht nur die Angabe des F. spricht, sondern dieß auch aus der Notiz des T. in seinem eigenen Buche, welches unter dem 16. December 1847 einen Kauf von Holz für 11 fl. enthält, während sonst im ganzen Buche nichts von einem Verkehre mit F. vorkommt, hervorgeht, ferner aus den vom Criminalgerichte angeführten Gründen ebenfalls zu hoher Wahrscheinlichkeit erbracht ist, daß F. dem T. Holz entwendet habe, jedoch nicht nur der Betrag dieses Diebstals ganz unermittelt und auf keinen Fall so hoch angeschlagen werden kann, daß derselbe, verbunden mit dem eben erwähnten Kaufpreise für Holz, die Summe von 50 fl., worauf der erste, später entkräftete Schein (Act. 6) lautet, übersteigen würde, daher sich schon mit Bezug auf diesen Schein hätte fragen können, ob nicht in dessen Ausstellung ein Vergehen liege, worauf jedoch, da in dieser Beziehung von Seite

Digitized by Google

des Criminalgerichtes Freisprechung erfolgt ist und der Staatsanwalt nicht appellirt hat, nicht weiter eingetreten werden kann; —

9) daß dagegen mit Bezug auf die beiden später errichteten Scheine im Gesammtbetrage von 90 fl. (Act. 5 und 7) vorerst für die Richtigkeit der Behauptung des Inquisiten T., daß er seit der Ausstellung des ersten Scheines bis zur Errichtung des zweiten von F. auf's Neue bestohlen worden oder wenigstens in dem fraglichen Zeitraume von neuen, ihm früher noch nicht bekannten Diebstälen des F. vernommen habe, nicht das Geringste vorliegt, da, was Inquisit hierüber sagt, lediglich auf den Angaben dritter Personen beruht, während er auf weitern Beweis, wie schon in Erw. 1 gezeigt worden ist, verzichtet hat, wozu noch kommt, daß er selbst nicht behauptet, er sei je in seiner Waldung gewesen, um sich davon, was und wie viel ihm eigentlich weggekommen sei, zu überzeugen, daher wenigstens mit Bezug auf 40 fl. ein widerrechtlicher Gewinn als hergestellt erscheint; —

10) daß ad b mit Bezug auf die Frage, was die Veranlassung zur Ausstellung des zweiten Scheines gewesen sei, sich die Behauptung des Damnificaten, daß er dazu durch die von T. wieder aufgenommene Drohung veranlaßt worden sei, ihn wegen Diebstals zu verzeigen, als unzweifelhaft richtig darstellt, da nach Ausstellung des ersten Scheines die Sache abgethan hätte sein sollen und keine Veranlassung, darauf zurückzukommen, vorhanden war, dessen ungeachtet aber T. sich mit seinem Anschicksmanne O. zu F. in das Haus begab, woraus sich schon ergibt, daß T. und nicht der Damnificat die Veranlassung zu der zweiten Verhandlung gegeben hat, wozu noch kommt, daß, da F. keineswegs als ein wohlhabender Mann anzusehen ist, ihm 40 fl. mehr oder weniger unmöglich gleichgültig sein konnten, daher, um ihn zu bewegen, sich für den fraglichen Betrag zu verpflichten, es eines sehr bedeutenden Mo-

Digitized by Google

tives bedurft haben muß, so daß mit Rücksicht auf dieses Alles die zusammenhängende Darstellung des Sachverhaltes von Seite des F., so wie seiner Ehefrau und Schwägerin eine sehr große Bedeutung gewinnt, welche im Fernern durch die mit den Angaben des F. sehr übereinstimmenden, dagegen mit denjenigen des T. im Widerspruche sich befindlichen Aussagen des Försters R. wesentlich unterstützt wird; — —

11) daß, was den O. betrifft, derselbe durch die in Erw. 5 des criminalgerichtlichen Urtheils aufgezählten Indicien der Beihülfe bei dem in Frage stehenden Verbrechen als überwiesen erscheint; —

12) daß mit Hinsicht auf das Strafmaß T. gemäß §. 173, O. gemäß den Bestimmungen desselben Paragraphen in Verbindung mit §. 56 a des Strafgesetzbuches zu bestrafen ist, wobei gegen beide als erschwerend in Betracht kommt die Erschwerung der Untersuchung durch Lügen, §. 71 e ibid., gegen O. im Fernern erster uneigentlicher Rückfall, bei T. dagegen als strafmildernd sein bisheriger guter Leumden, §. 72 c des Strafgesetzbuches:: —

gefunden:

Es seien 1) T. der Nöthigung und 2) O. der Gehülfenschaft bei diesem Verbrechen schuldig, und hierauf

erkannt:

1. Sei T. zu einer Buße von 160 Fr., O. zu einer solchen von 100 Fr. verurtheilt; —

2. Habe es hinsichtlich der beiden Verträge, der Verweisung des T. mit allfälligen Forderungen auf den Civilweg, der Kosten und der Prozeßentschädigung bei den Bestimmungen des criminalgerichtlichen Urtheils sein Verbleiben; —

2. Seien für heute weder Staats- noch Kanzleigebühren zu verrechnen, die beßfälligen Baarauslagen seien von T. zu $\frac{2}{3}$ und von O. zu $\frac{1}{3}$ unter gegenseitiger subsidiärer Haft für das Ganze zu tragen. (Criminalprot. vom 24. August 1848 i. S. Trudel.)

Digitized by Google

4. Der Weinschenk Z. beherbergt Personen, von denen er behauptet, sie seien Freunde und Verwandte.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß die gratis stattfindende Beherbergung von Verwandten und Bekannten den Weinschenken eben so wenig als andern Personen verboten ist, daher hierin eine Gesetzesübertretung in keiner Weise gefunden werden könnte, nun aber aus den Acten sich ergibt und auch heute ausdrücklich zugegeben worden ist, daß die Gäste, welche von dem Inculpaten über Nacht beherbergt worden, wirklich Zeche bezahlt haben, was darüber, daß der §. 4 des Gesetzes betreffend Weinschenken übertreten worden sei, keinen Zweifel übrig läßt, da die Behauptung, es seien in der Zeche bloß die Auslagen für Essen und Trinken, nicht aber für das Nachtlager inbegriffen gewesen, als bloße Ausflucht erscheint und keinerlei Berücksichtigung verdient, indem, wenn einmal Jemand aus Freundschaft aufgenommen wird, angenommen werden muß, daß derselbe ganz und nicht nur theilweise freigehalten werde; —

2) daß dagegen, was die Beherbergung von Pferden betrifft, vorerst aus §. 3 c des Miethvertrages sich nicht ergibt, daß Inculpat dem S. zur Pflicht gemacht, Pferde auf eine dem Gesetze zuwiderlaufende Weise, namentlich also auch zur Nachtzeit aufzunehmen, vielmehr jener Paragraph ausdrücklich vorschreibt, daß Pferde nur soweit dieß nach dem Gesetze gestattet sei, aufgenommen werden sollen, nun aber der §. 4, Satz 1 des Gesetzes über die Weinschenken und Speisewirthschaften deren Inhabern nur verbietet, Pferde über Nacht aufzunehmen und, wenn auch S. dieß gethan haben sollte, sich in keiner Weise ergibt, daß dieß mit Wissen und Willen oder gar auf Befehl des Z. stattgefunden habe; —

3) daß daher Inculpat mit Bezug auf die Beherbergung von Pferden

Digitized by Google

freizusprechen, dagegen hinsichtlich der Beherbergung von Personen schuldig zu erklären ist, wobei hinsichtlich des Strafmaßes als erschwerend in Betracht kommt, daß Inculpat schon wiederholt wegen Uebertretung des Wirthschaftspolizeigesetzes bestraft worden ist:: —

mit Einmuth gefunden:

Sei Z. a) der Uebertretung des §. 4 des Gesetzes betreffend die Weinschenken durch Beherbergung von Personen schuldig, b) weiterer Gesetzesübertretungen nicht schuldig, und hierauf

mit Einmuth erkannt:

1. Sei Z. mit Bezug auf Qualification b freigesprochen; —

2. Sei er im Uebrigen zu einer Buße von 48 Fr. verurtheilt; —

3. Habe es bei den Kostenbestimmungen des bezirksgerichtlichen Urtheils sein Verbleiben; —

4. Habe Inculpat die dießseitigen Baarauslagen zu bezahlen, dagegen seien im Weitern für heute weder Staats- noch Kanzleigebühren zu verrechnen. (Criminalpr. vom 29. August 1848 i. S. Zürcher.)

---

5. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Recurrent habe, da seine Ansprache an H., Sodfabrikanten in R., im Betrage von 31 fl. 20 ß. durch die Versilberung der freiwilligen Pfande nicht vollständig gedeckt worden, für den Mindererlös im Betrage von 12 fl. 10 ß. Nachpfändung verlangt, sei aber laut Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums Horgen vom 14. v. M. mit diesem Begehren abgewiesen worden, weil für den Mindererlös die Betreibung als für eine unversicherte Forderung angehoben werden müsse; —

B. Ueber diese Verfügung beschwere sich nun Recurrent, indem er glaube, daß nach §. 39 des Gesetzes über die Schuldbetreibung die Ansicht des Bezirksgerichtspräsidiums unrichtig sei:: —

Digitized by Google

in Erwägung:

1) Daß zwar für die Ansicht des Recurrenten die Fassung des §. 39 des Gesetzes über die Schuldbetreibung insofern zu sprechen scheint, als nach dem zweiten Satze dieses Paragraphen die Nachpfändung in allen den drei im ersten Satze erwähnten Fällen unter gewissen gegenwärtig eintretenden Voraussetzungen für zulässig erklärt ist, unter jene drei Fälle aber auch der gehört, wenn bei „Versilberung der Pfande" der Betrag der Forderung nicht vollständig erlöst worden sei, so daß, da nicht nur in diesem Paragraphen zwischen der Versilberung von freiwillig bestellten und von durch Rechtstrieb erlangten Pfanden nicht unterschieden, sondern sogar nach den Worten „Versilberung der Pfänder" auf den §. 32 des Gesetzes, in welchem von der Versilberung sowol der einen als der andern Art von Pfanden die Rede ist, verwiesen wird, die erwähnte Bestimmung als eine allgemeine, die Nachpfändung auf jede unzureichende Versilberung, so wie auch auf eine solche freiwilliger Pfande hin zulassend angesehen werden könnte; —

2) daß indeß dennoch dieses dem ganzen Geiste unsers Schuldbetreibungswesens allzusehr widerspricht, als daß es ohne ausdrückliche oder doch sonst ganz klare und unzweifelhafte gesetzliche Bestimmung als Meinung des Gesetzgebers angesehen werden dürfte, zumal, abgesehen davon, daß doch schon der Ausdruck „Nachpfändung" eine vorausgegangene „Pfändung" voraussetzt, woran es bei freiwilligen Pfanden fehlt, hauptsächlich in Betracht kommt, daß, da nach dem ganzen Organismus unserer Betreibung zu keinem späteren Betreibungsacte fortgeschritten wird, welcher nicht im vorhergehenden angedroht gewesen wäre, nothwendig auch angenommen werden muß, es könne eine Pfändung und somit auch die Nachpfändung, die ja nur eine nachträgliche Ergänzung einer vorausgegangenen ungenügenden Pfändung ist, nicht anders als dann eintreten, wenn in dem frühern Rechtsbote

Digitized by Google

der säumige Schuldner mit dieser Vollstreckungsart bedroht worden war, während es bei der Betreibung auf den Grund einer freiwilligen Pfandverschreibung hieran mangeln würde, indem ein dießfälliges Rechtsbot (vgl. Formular 3 lit. a im Anh. 1 zum Gesetz über die Schuldbetreibung) den auf das Bot hin nicht zahlenden Schuldner nur damit bedroht, daß „die Warnung vor der Versilberung der freiwilligen Pfande, welche dem Creditor dafür (für seine Forderung) bestellt sind, ausgefertigt würde" und auch die Warnung vor der Versilberung (Form. 3 lit. b ibid.) etwas Weiteres als die Bedrohung mit der „Versteigerung der Pfande", wovon in dem frühern Rechtsbote die Rede war, nicht enthält; —

3) daß daher um so weniger gezweifelt werden kann, der im cit. §. 39 erwähnte Ausdruck „Versilberung der Pfande" sei auf durch den Rechtstrieb erlangte Pfande zu beschränken, als theils in der gleichen Gesetzesstelle selbst sich eine Andeutung hievon in dem auf freiwillige Pfande nicht passenden Ausdruck „wenn seit dem Zeitpunkte der versuchten Pfändung" u. s. w. findet, theils auch das frühere Rechtstriebgesetz vom 28. Juni 1832 in seinem §. 22, welcher von den Nachpfändungen handelt, auf eine Weise spricht, welche die Zulässigkeit von Nachpfändungen auf freiwillige Pfandverschreibungen viel deutlicher und unzweifelhaft ausschließt, und nun gar kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß das spätere Gesetz an diesen die Nachpfändungen betreffenden Bestimmungen etwas habe abändern und dieselben in weiterm Umfange als früher zulassen wollen; —

4) daß, wenn aber Nachpfändung bei Betreibung aus freiwilligen Pfandverschreibungen nicht stattfindet, für den Mindererlös nichts anderes als Betreibung für unversicherte Forderung (was auch die mit einer freiwilligen Pfandverschreibung versehene Ansprache für den Betrag, für welchen die Pfande nicht ausreichten, war)

Digitized by Google

möglich, eine solche Betreibung im vorliegenden Falle noch nicht erfolgt und somit die recurrirte Verfügung, durch welche Recurrent dieselbe anzuheben angewiesen war, völlig gerechtfertigt ist :: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet; —

2. Trage Recurrent die Kosten. (Justizpr. vom 4. Sept. 1848, Nr. 7.)

---

6. G. stellt zu Gunsten des N. einen Wechsel auf sich selbst aus und wird rechtlich betrieben. Nun wirkt er Rechtsvorschlag aus, worauf N. Rechtsöffnung verlangt, jedoch abgewiesen wird, und recurrirt.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß nach §. 11 der hiesigen Wechselordnung vom 16. Mai 1805 (Offic. Gesetzsamml., Bd. III. S. 32 ff.) die Unterschreibung eines Wechselbriefes auf sich selbst die nämliche rechtliche Wirkung gegen den Aussteller hat, welche nach §. 6 bei trassirten Wechseln die Acceptation gegen den Acceptanten hervorbringt, nämlich die Zahlungsverpflichtung ohne die mindeste Einwendung; —

2) daß, angenommen nun auch, es sollte die Gestattung einer Ausnahme von dieser unbedingten Zahlungsverpflichtung wenigstens dem ursprünglichen Wechselinhaber gegenüber, also in dem Fall, wenn dieser den Wechsel noch nicht weiter indossirt hat, überhaupt zulässig sein, doch jedenfalls verlangt werden müßte, daß der Aussteller des eigenen Wechsels die Richtigkeit der von ihm vorgebrachten Einreden sofort entweder zu beweisen oder doch bis zu einem bedeutenden Grade von Wahrscheinlichkeit zu bringen vermöge, da, wenn man noch weiter gehen, also namentlich sich mit dem Vorbringen der Einrede unter Beweisanerbieten für deren Richtigkeit begnügen wollte, die den Wechseln gerade eigenthümliche Kraft aufgehoben und dieselben ohne Berücksichtigung

Digitized by Google

ihrer besondern Natur den einfachen Schuldbekenntnissen (Schuldscheinen, Obligo's) gleichgestellt würden; —

3) daß nun der Recurse anerkennt, die von dem Recurrenten producirte Urkunde unterschrieben zu haben, und diese Urkunde ein formell in Ordnung befindlicher eigener Wechsel des Recursen an die Ordre des Recurrenten ist; —

4) daß für die Einreden des Recursen gegenwärtig weder ein Beweis vorhanden, noch deren Richtigkeit bis zu einem bedeutenden Grade von Wahrscheinlichkeit erbracht ist, vielmehr von dem Recursen sich hiefür lediglich auf Zeugenbeweis, also auf ein im Rechtstriebverfahren nicht zulässiges Beweismittel, berufen wird, daher in Anwendung des in Erw. 2 Gesagten eine Rechtsstellung nicht erfolgen darf:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und seien daher gegen den G. die Rechte für den im Rechtsbote angegebenen Betrag zu öffnen; —

2. Trage G. die Kosten. (Justizprot. vom 4. September 1848, Nr. 3.)

---

7. [1]) O. verpfändet dem B. einen abbezahlten Schuldbrief auf R. in N. (Canton Thurgau, woselbst der Debitor die einmal bezahlte Forderung auch dem Besitzer in gutem Glauben nicht mehr bezahlen muß). B. verpfändet diesen Brief (jedoch ohne die Forderung) dem K. Im Concurse des B. meldet K. Forderung und Pfandrecht an; allein es zeigte sich, daß das Pfand werthlos ist, weßhalb K. nun den O. für Schadenersatz belangt.

---

[1]) Dieses Endurtheil reiht sich an den oben S. 74 fgde. mitgetheilten obergerichtlichen Rückweisungsbeschluß an.

Digitized by Google

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß, wenn Kläger glaubt, es sei ihm durch den Rückweisungsbeschluß der Beweis, daß und für wie viel ihm der fragliche Schuldbrief verpfändet gewesen sei, mit Unrecht aufgelegt worden, weil Forderung und Pfandrecht nur gegen den Schuldner und in dessen Concurse gegen dessen Gläubiger festgestellt werden müssen, um gegen Jedermann festzustehen, nun aber von ihm (Kläger) die Anmeldung seiner Forderung mit Pfandansprache an den erwähnten Schuldbrief im Concurse jenes Schuldners B. gehörig geschehen und durch Unterlassung, resp. Zurückziehung, einer Protestation von den Gläubigern des B. anerkannt worden sei, so daß nun auch Beklagter wie alle Dritten es als (formelle) Wahrheit gelten lassen müsse, daß Kläger die angemeldeten Forderungen an B. gehabt habe und der Schuldbrief ihm dafür als Pfand bestellt gewesen sei, — diese ganze Schlußfolgerung offenbar an dem Fehler leidet, daß zwei Verhältnisse, die wol auseinanderzuhalten sind, zusammengeworfen werden und auf beide angewendet wird, was nur von dem einen gilt; —

2) daß nämlich zu unterscheiden sind, erstens die von dem Kläger gegen den B. und in dessen Concurse geltend gemachten Forderungen und Pfandrechtsansprache an dem fraglichen Schuldbriefe, zweitens die Forderung, welche Kläger nicht gegen den B. und in dessen Masse, sondern gegen den jetzigen Beklagten darum erhebt, weil Beklagter dadurch, daß er den abbezahlten R.schen Schuldbrief in Umlauf brachte, ihn (den Kläger) insoweit in Schaden versetzt habe, als dem B., in dessen Hände dieses Instrument gekommen war, dasselbe dem Kläger weiter zu verpfänden möglich geworden sei, und Kläger nunmehr für seine Forderung an B., für welche ihm (Kläger) der Schuldbrief hätte Sicherheit geben sollen, für den Betrag dieser Sicherheit

Digitized by Google

zu Verlust komme, — und nun von selbst klar wird, daß ad 1, wo es sich ausschließlich um Rechte des Klägers gegen B., resp. seine Masse, handelt, die Anerkennung derselben durch die Betheiligten (also den B. selbst, soweit die Anerkennung von ihm oder einem Vertreter desselben ausgegangen wäre, oder durch seine Creditoren im Concurse) auch von Dritten anerkannt werden muß und es daher, z. B. angenommen, es würde im Canton Thurgau wie bei uns der gutgläubige Besitzer eines unentkräfteten Schuldbriefes gegen die Einrede der Zahlung geschützt sein, dem R. nicht zustände, dem Kläger, welchem der Brief im B.schen Concurse ist zugefertigt worden, mit der Einrede, die Zufertigung sei eine wirkungslose, weil er (Kläger) doch nicht Creditor des B. und ihm der Brief nicht versetzt gewesen, die Zufertigung also unrichtig erfolgt sei, zu begegnen, indem hier Kläger mit vollem Rechte sich darauf berufen könnte, die einzigen Personen, welche hiezu etwas zu sagen haben, nämlich B. selbst, resp. die in seinem Concurse betheiligten Gläubiger desselben, haben nun einmal die Forderung des Klägers an B. und die dafür geschehene Verpfändung des Schuldbriefes anerkannt, und es stehe daher diese Schuld als eine solche des B. nebst allen ihren Folgen Jedermann gegenüber fest und die vorgebrachten Einwendungen aller Andern seien unstatthaft und aus dem Rechte Dritter hergenommen, — wogegen es sich ganz anders verhält ad 2 mit der Forderung des Klägers an O., um welche es sich im gegenwärtigen Prozesse handelt, weil deren Klagegrund, nämlich das Delict des Beklagten und der daraus für den Kläger entstandene Schaden gegen ihn (den Beklagten) selbst hergestellt sein muß, und eben darum, wenn schon allerdings auch in diesem Falle der Schaden dargethan wäre, sobald die Forderung des Klägers an B. und die dafür geschehene Verpfändung des R.schen Briefes feststände, doch die Anerkennung des B. oder vielmehr seiner Creditoren im

Digitized by Google

Concurse als eine von dritten Personen, welche den Beklagten nicht zu vertreten hatten, in ihren, des B., resp. seiner Creditoren eigenen Verhältnissen und zu Regulirung bloß der Rechte und Ansprüche an ihn (den B.), resp. seine Masse, ausgegangene, gegen den Beklagten so wenig Beweis bilden oder den Beweis überflüssig machen kann, als z. B. ein durch Bürgschaft gedeckter Gläubiger eines Cridars im Prozesse gegen den, das Dasein oder die Rechtsbeständigkeit der Hauptschuld bestreitenden oder Zahlung oder sonstige Tilgung derselben vorschützenden Bürgen sich darauf berufen könnte, daß die übrigen Gläubiger des Hauptschuldners in dessen Anfall die Gültigkeit, die Größe und das Fortbestehen der Schuld ausdrücklich oder stillschweigend zugegeben und die Liquidation derselben im Concurse geduldet haben, wozu dann noch, um zu zeigen, wie unstatthaft sich die entgegengesetzte Ansicht in ihren Wirkungen herausstellen würde, darauf hingewiesen werden kann, daß im jetzt streitigen Falle die B.schen Creditoren, sobald sie den R.schen Schuldbrief für werthlos hielten, und auch sonst wegen Mangels an Activen, in denen Kläger für seine angemeldeten Forderungen mit ihnen concurrirt hätte, ihnen gleichgültig war, ob die Forderungen und das für dieselben geltend gemachte Pfandrecht existiren oder nicht, trotz ihrer allfälligen Ueberzeugung von der Unbegründetheit der klägerischen Forderungen und Pfandrechtsansprache dennoch durch eine Bestreitung derselben ganz zwecklos und gegen ihr eigenes Interesse gehandelt haben würden, folglich völlig angemessen und ihrer Stellung gemäß handelten, wenn sie die Sache, die ihnen weder Nutzen noch Schaden brachte, lediglich auf sich beruhen ließen, während der Beklagte, der zahlen muß, wenn es sich mit jenen Forderungen und dem Pfande wirklich so verhält, wie Kläger behauptet, sich in einer ganz andern Lage befindet und ihm daher nicht zugemuthet werden kann, darum, weil von Unbetheiligten ausdrücklich oder stillschwei-

Digitized by Google

gend die behauptete Forderung und das Pfandrecht und mithin der aus der Verpfändung eines werthlosen Gegenstandes entstandene Schaden nicht bestritten worden ist, alles dieses auch gegen sich gelten zu lassen; —

3) daß daher dießseitige Stelle auch jetzt noch an der Richtigkeit der Beweisauflage, wie sie in dem Rückweisungsbeschlusse geschehen ist, festhalten muß und somit, weil aus den in gedachtem Beschlusse entwickelten Gründen dem Kläger eine Ersatzklage aus Vergehen nur insofern gegen den Beklagten zusteht, als er (der Kläger) selbst durch die rechtswidrige Handlung des Beklagten geschädigt wurde, dieß aber lediglich dann angenommen werden kann, wenn
   a) dem Kläger wirklich der fragliche Schuldbrief für eine eigene Forderung an B. verpfändet worden ist und er sich
   b) zur Zeit der Verpfändung in gutem Glauben befand, indem er davon, daß der Schuldbrief bis auf 5 fl. 59 kr. abbezahlt sei, keine Kenntniß hatte, —

   wobei das Bestehen des ersten Verhältnisses, als zum Grunde der Schadenersatzklage gehörend, dem Kläger, — das Nichtdasein des zweiten dagegen, als eine Einrede des Beklagten bildend, — dem Letztern zu beweisen obliegt, zunächst und hauptsächlich in Frage kommt, ob Kläger für die von dem Beklagten bestrittene Thatsache, daß ihm (dem Kläger) der betreffende Schuldbrief für eine eigene Forderung an B. von diesem verpfändet worden sei, den Beweis hergestellt habe; —

4) daß indeß diese Frage verneinend zu entscheiden ist, indem
   a) zur Constituirung eines gültigen Faustpfandrechtes, um welches allein es sich hier handeln kann, theils die Auslieferung der betreffenden Pfandsache in den Besitz des Gläubigers, theils die Willenserklärung des Schuldners, daß dem Creditor ein Pfandrecht daran zustehen soll, erforderlich ist, —
   b) im vorliegenden Falle nun zwar wol die Uebergabe des Schuld-

Digitized by Google

briefes von Seite des B. an Kläger stattgefunden hat, hingegen eine Willenserklärung des B., daß diese Uebergabe zu dem Zwecke geschehe, dem Kläger an dem Schuldbriefe ein Pfandrecht zu bestellen, nicht vorliegt, indem bei Ablieferung des fraglichen Schuldtitels an den Kläger diesem von B. hierüber ausgestellte Urkunde vom 1. November 1842 (Criminalacten Nr. 317, litt. K.) nicht nur einer dem Kläger an B. zustehenden Forderung oder eines dem letztern zu eröffnenden Credites, für welche das Pfandrecht bestellt worden wäre, nicht erwähnt, sondern auch darin von einer Verpfändung überhaupt gar keine Rede ist, vielmehr bloß gesagt wird, daß B. diesen Schuldbrief dem Kläger „zu seiner freien Disposition übergeben habe", worin lediglich eine Vollmacht, über jenen Schuldbrief zu verfügen, liegt, von welcher es ungewiß bleibt, ob damit dem Kläger das Recht habe eingeräumt werden wollen, den Schuldbrief für eigene Schulden oder im Interesse des B. zu verpfänden, oder aber die Befugniß, solchen — sei es nun in seinem, oder in des B., oder in Beider Interesse — zu verkaufen, wobei übrigens die Behauptung des B., der Schuldtitel sei dem Kläger zu dem Zwecke übergeben worden, um vermittelst desselben ihm (dem B.) Geld zu verschaffen, am meisten Wahrscheinlichkeit für sich hat mit Rücksicht auf die Zeit der Uebergabe, zu welcher dem B. Alles daran liegen mußte, das in der Stempelkasse vorhandene und damals schon seiner Oberbehörde wenigstens theilweise bekannte Deficit schleunigst zu decken und hiedurch eine ihm drohende Criminaluntersuchung abzuwenden, in Verbindung damit, daß auch der Kläger damals geneigt war und hoffen mochte, den B. aus seiner ökonomischen Bedrängniß zu retten, was sich namentlich daraus ergibt, daß er noch mehrere Tage später, nämlich am 7. November 1842, wie er selbst behauptet und

Digitized by Google

aus Nr. 317, litt. e der Criminalacten hervorgeht, dem N. in M. für eine Forderung an B. von 600 fr Fr Bürgschaft leistete, was Alles weit eher darauf hinweist, daß es sich damals darum gehandelt habe, dem B. aus der Noth zu helfen, als darauf, daß K. sich bloß bestrebt habe, von B., welcher von anderer Seite bereits bedrängt war, für sich selbst Deckung allfälliger, ihm zustehender Forderungen zu erhalten, —

c) unter diesen Umständen der Besitz des Schuldbriefes auf Seite des Klägers, da er sich, wie bereits gezeigt wurde, auch auf andere Weise leicht erklären läßt, den Beweis für das von Kläger behauptete Faustpfandrecht für sich allein unmöglich herstellen kann; —

5) daß, sobald nun aber nicht erwiesen ist, daß dem Kläger ein Faustpfandrecht an dem mehrerwähnten Schuldbriefe bestellt worden sei, auch darauf, ob ihm eine Forderung an B. zustehe und in welchem Betrage, sowie auf die weitere Frage, ob der Kläger bei der an ihn geschehenen Uebergabe des Schuldbriefes von der bereits erfolgten Abbezahlung desselben Kenntniß gehabt habe, nicht weiter eingetreten zu werden braucht:: —

sowol mit Bezug auf die Hauptsache (gegenüber einem Antrage auf Bestätigung des bezirksgerichtlichen Urtheiles) als hinsichtlich der Fassung der Erwägungen

durch Stimmenmehrheit gefunden:

Sei die Berufung des Beklagten begründet, und hierauf

erkannt:

1. Sei Kläger mit seiner Forderung abgewiesen; —

2. Habe derselbe die sämmtlichen erst- und zweitinstanzlichen Kosten und an den Beklagten eine prozessualische Entschädigung von 32 Fr. zu bezahlen; —

3. Sei die erstinstanzlich dem Kläger gesprochene Prozeßentschädigung aufgehoben. (Civilprot. vom 5. Sept. 1848 i. S. Oetiker c. Krebser.)

Digitized by Google

8. Die L. wird rechtlich betrieben; es kommt zur Pfändung, und nun verlangt der Creditor, daß auch die Nutznießung gepfändet werde, welche der L. an verschiedenen Capitalien zusteht. Hiegegen wird Namens der L. protestirt, weil das Nutznießungsrecht als solches nicht Gegenstand einer Pfändung sein könne, sondern nur die verfallenen Zinse, nun aber die L. eine Ansprache auf fällige Nutzungen nicht habe, indem ihre Kinder, die Eigenthümer des fraglichen Vermögens, ihr auf Rechnung dieser Nutzungen mehr als 4000 fl. vorgeschossen, beziehungsweise für sie bezahlt haben, so daß die L. so lange keinen Zins beziehen könne, bis sie das auf Rechnung Empfangene zurückbezahlt haben werde, indem einer jeden dießfälligen Ansprache die Einrede der Compensation entgegenstände. Die Pfändung wird bewilligt und hiegegen recurrirt.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß, wenn zwar auch das Nutznießungsrecht selbst, als etwas an die Person des Berechtigten Geknüpftes, sich auf einen Andern nicht übertragen läßt, doch der Uebertragung seiner Ausübung (des Genusses der darin liegenden vermögensrechtlichen Vortheile) an sich und, abgesehen von etwa entgegenstehenden positiven Gesetzen, woran es bei uns gebricht, oder dem ausgesprochenen Willen des Constituenten, soweit dieser nach Beschaffenheit der Verhältnisse maßgebend sein kann, Nichts im Wege steht, daher denn der Nutznießer an der Verfügung über diese Ausübung, also z. B. an der Vermiethung, so wie der theilweisen oder gänzlichen Veräußerung durch Verpfändung, Verkauf u. s. w., so wenig als an der Verfügung über jedes andere reine Vermögensrecht gehindert ist, woraus dann aber auch folgt, daß, da nur diejenigen Vermögensrechte, welche das Gesetz von der Pfändung ausdrücklich ausnimmt, worunter aber nach §. 21 des Gesetzes über die Schuldbetreibung die aus dem Nutznießungsrechte fließenden vermögensrechtlichen Befugnisse nicht gehören, letztere auch Gegenstand der gerichtlichen Pfändung sein müssen; —

Digitized by Google

2) daß nun im vorliegenden Falle das Begehren des Gläubigers und die recurrirten Verfügungen des Bezirksgerichtspräsidiums gerade auf die Pfändung dieser der Schuldnerin aus ihrem Nutznießungsrechte an den näher bezeichneten Capitalien, deren Instrumente in schirmamtlichem Verwahre liegen, zustehenden rein vermögensrechtlichen Befugnisse (Bezug der Zinse) gerichtet, somit das Gesuch und die Verfügung an sich gerechtfertigt und, was dagegen eingewendet wird, nicht geeignet ist, die angeordnete Nachpfändung — vorbehältlich des Rechtes der Kinder der Schuldnerin oder wessen immer, ihre entgegenstehenden Ansprachen nach Maßgabe der §§. 20, 24 ff. des Gesetzes über die Schuldbetreibung zu wahren, — für unzulässig zu erklären, zumal der Umstand, daß durch Pfändung und Veräußerung des betreffenden Nutznießungsbetrages die sonst vermögens- und erwerblose Schuldnerin ihren Kindern zur Erhaltung zufiele, dem Rechte des Gläubigers, sich für seine rechtmäßige Forderung bis zu seiner Befriedigung an vorhandene Vermögensgegenstände, bestehen sie worin sie wollen, mit einziger Ausnahme der gesetzlich der Pfändung entzogenen, zu halten, nicht entgegenstehen kann, und wenn auf eine den Kindern wegen beträchtlicher, ihrer Mutter gemachten Vorschüsse zustehende Compensation an dem Nutznießungsertrage sich berufen wird, vorerst diese Einwendung aus dem Rechte Dritter hergenommen scheint, indem Recurrent ja ausdrücklich erklärt, daß er in seiner Eigenschaft als Vogt der Schuldnerin Beschwerde erhebe, dann aber ferner in Betracht kommt, daß zur Zeit weder klar ist, ob die betreffenden Leistungen, deren Betrag sich übrigens nicht ergibt, sich zu einer Forderung an die Mutter eignen, noch ob bejahenden Falles, da der Nutznießungsbetrag nicht auf den Kindern, sondern auf dritten Personen erhoben zu werden scheint und dessen Schuldner also nicht die erstern sind, die Bedingungen der Compensation vorhanden seien:: —

Digitized by Google

durch Stimmenmehrheit beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet und habe es daher unter Aufhebung der von der Justiz-Commission verfügten provisorischen Sistirung der Nachpfändung bei der recurrirten Anordnung derselben im Sinne der Erwägungen und unbeschadet der Befugniß der Kinder der Schuldnerin oder sonstiger Ansprecher an die zu pfändenden Nutzungen, diese ihre Ansprache nach Maßgabe der oben citirten Bestimmungen des Gesetzes über die Schuldbetreibung geltend zu machen, sein Bewenden; —

2. Trage Recurrent die Kosten. (Justizprot. vom 9. Sept. 1848, Nr. 1.)

---

9. [1]) B. wird von der Zunftgerichtskanzlei E. für Prozeßkosten rechtlich betrieben; er verlangt und erhält Rechtsvorschlag, weil er, wenn er auch in erster Instanz unterlegen sei, doch in zweiter Instanz obgesiegt und die Zunftgerichtskanzlei dieses bei Anhebung des Rechtstriebes bereits gewußt habe. In der Folge wird Rechtsöffnung ertheilt und hiegegen recurrirt.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

Daß die recurrirte Rechtsöffnung sich rechtfertigt, indem die Verordnung des Obergerichtes vom 16. März 1833 ganz allgemein bestimmt, daß die Zunft- und Bezirksgerichtsschreiber in Civilsachen die erstinstanzlichen Gebühren von der vor jener Instanz unterlegenen Partei ohne Rücksicht auf ergriffene Appellation zu beziehen haben, und hiebei zwischen dem Falle, wo die Schuldbetreibung erst nach Erlassung des Urtheils der höheren Instanz, durch welches eine andere Verlegung der erstinstanzlichen Gebühren bestimmt wurde, erhoben worden sei, und demjenigen, wo sie vor dessen Ausfällung geschah, nicht unterscheidet, womit auch die Bestimmung des §. 8

---

[1]) Vgl. diese Zeitschrift, Bd. VI. S. 343.

Digitized by Google

des Sportelngesetzes übereinstimmt, indem derselbe ebenfalls ohne diese Unterscheidung ganz allgemein vorschreibt, daß die Kanzleien die Gebühren (abweichend von dem Bezuge der Geldbußen, welcher erst nach rechtskräftigem Urtheile stattfinden soll) nach Eröffnung des betreffenden Beschlusses oder Urtheiles binnen zwei Monaten, nöthigen Falles auf dem Wege der Schuldbetreibung, einfordern sollen, wobei darüber, daß dieser Bezug von derjenigen Partei geschehen solle, welcher dieselben durch die untere Instanz aufgelegt worden sind, theils an sich, theils mit Rücksicht auf die Bestimmung des dritten Satzes dieses Paragraphen, nach welchem im Falle der Insolvenz der unterliegenden Partei die obsiegende innerhalb sechs Monaten nach Erlassung des rechtskräftigen Urtheiles die von ihr ausgelegte Gerichtsgebühr von der Gerichtskasse zurückfordern kann, kein Zweifel obwalten kann:: —

mit Einmuth beschlossen:

1 Sei der Recurs unbegründet; —

2. Trage Recurrent die Kosten. (Justizprot. vom 9. Sept. 1848, Nr. 5.)

---

10. Die Gemeinde W. beschließt die Erhebung einer Steuer von 1 per mille. In Folge dieses Beschlusses werden mehrere Steuerpflichtige rechtlich betrieben, wirken aber Rechtsvorschlag aus, gestützt darauf, daß der fragliche Gemeindsbeschluß ungültig sei. Hierauf wird Namens der Gemeinde W. Rechtsöffnung verlangt, diese aber einstweilen verweigert, jedoch den Betriebenen Frist angesetzt, um sich darüber auszuweisen, daß sie bei dem Bezirksrathe Beschwerde gegen den erwähnten Gemeindsbeschluß eingereicht haben, widrigenfalls die Rechte geöffnet würden. Hierüber beschweren sich die Parteien.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß die von dem Gemeinderathe W. beantragte Rechtsöffnung

Digitized by Google

gegen die drei Recursen beziehungsweise Recurrenten, da die letztern eventuell sich weder darüber, daß bei Verlegung der Steuer ihre persönlichen Verhältnisse nicht gehörig berücksichtigt worden seien, noch sonst über die Größe der sie treffenden Ansätze beschweren, sondern bloß die Befugniß der Gemeindsversammlung zu Ausschreibung der Steuer und daher die Gültigkeit des dießfallsigen Gemeindsbeschlusses und die Rechtsverbindlichkeit desselben für die Einzelnen anfechten, erst nach Beseitigung dieser Einwendung erfolgen kann, der Entscheid über ihre Begründetheit oder Unbegründetheit aber, weil es sich dabei darum handelt, ob das betreffende Steuergesetz (im vorliegenden Falle dasjenige über Gemeindeausgaben und Gemeindesteuern vom 15. Christmonat 1835) richtig sei ausgelegt und angewendet worden, namentlich ob diejenigen Kosten, Auslagen oder Verwendungen, zu deren Deckung die beschlossene Steuer bestimmt ist, zu Erhebung einer Steuer überhaupt und der in Rede stehenden Verlegung und Vertheilung insbesondere sich eignen, gemäß §. 2 c des Gesetzes über die Verwaltungsstreitigkeiten vom 23. Brachmonat 1831 lediglich den Verwaltungsbehörden zusteht; —

2) daß, da nun ein solcher Entscheid der Verwaltungsbehörden noch nicht vorliegt, der recurrirte Bescheid, insofern durch denselben die Rechtsöffnung, in welcher ja der Wirkung nach eine Entscheidung liegen würde, einstweilen abgelehnt und die Sache den allein zuständigen Verwaltungsbehörden zugewiesen wird, für völlig gerechtfertigt gehalten werden muß, und hiegegen auch nicht angeführt werden darf, daß die Betriebenen durch nicht rechtzeitige Ergreifung des Recurses an die obern Verwaltungsstellen sich versäumt haben und dadurch ihr Steuerbeitrag unbedingt vollstreckungsfähig geworden sei, weil die Frage, ob eine Versäumung eines gegen ein Erkenntniß, einen Beschluß oder sonstige Verfügung zulässigen Rechtsmittels wirklich stattgefunden und was die Folgen davon seien, wieder nur

Digitized by Google

derjenigen Behörde, in deren Wirkungskreis die fragliche Angelegenheit fällt, und somit im vorliegenden Falle der obern Verwaltungsbehörde zukommen kann, ein Eingehen des Bezirksgerichtspräsidiums und des Obergerichtes auf diesen Grund also ebenfalls einen Eingriff in die Competenz der Verwaltungsstellen enthielte; —

3) daß aber auch die Beschwerde der Betriebenen, welche darauf gerichtet ist, daß das Rechtsöffnungsbegehren nicht unbedingt sei abgewiesen, sondern von ihnen (den Betriebenen) Ausweis über Ergreifung und Anhandnahme des Recurses binnen Frist unter der Androhung, daß sonst die Rechte geöffnet würden, gefordert worden, für begründet nicht zu halten ist, weil die Forderung des Steuerbeitrages nicht als eine auf privatrechtlichem und daher erst noch, soweit er bestritten ist, von dem Ansprecher zu erweisendem Titel beruhende Ansprache, sondern als eine aus einem Verhältnisse des öffentlichen Rechtes hervorgegangene, von zuständiger Behörde (der Gemeindeversammlung) decretirte Leistung sich darstellt, in der Art, daß die den Steuerbetrag einfordernde Stelle den Betriebenen keineswegs wie eine Civilpartei der andern, sondern als Behörde gegenübersteht, welche einen Beschluß vollzieht, der, bis er von competenter Oberbehörde aufgehoben oder abgeändert ist, weder als thatsächlich nicht bestehend, noch als rechtlich wirkungslos angesehen werden darf; —

4) daß, wenn dann übrigens die Betriebenen es für unrichtig halten, daß das Bezirksgerichtspräsidium ihnen Ausweis über Ergreifung des „Recurses" aufgelegt habe, indem sie glauben, daß die Sache sich nicht zum Recursverfahren, sondern zu einer wirklichen „Streitsache im Verwaltungsfache" eigne und diesem letztern Verhältnisse gemäß zu behandeln sei, zwar die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Auffassung, als nach §. 3 des Gesetzes über die Streitigkeiten im Verwaltungsfache wieder ausschließlich den Verwaltungs-

Digitized by Google

behörden zukommend, gänzlich dahin gestellt bleiben kann, indeß dieses im Wesentlichen an dem recurrirten Bescheide Nichts ändert, da offenbar die Absicht des Bezirksgerichtspräsidiums gar nicht dahin ging und gehen konnte, den Betriebenen die ihnen gebührende prozessualische Stellung vor den Verwaltungsbehörden anzuweisen, oder die Formen, in welchen vor letztern zu verfahren sei, zu bestimmen, sondern lediglich die Sache an diejenigen Behörden zum Entscheide zu bringen, an welche sie verfassungs- und gesetzgemäß gehört, den Betheiligten übrigens überlassend, hinsichtlich der ihnen zukommenden Stellung und der Form des Verfahrens die ihnen entscheinenden Schritte zu thun:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs beider Theile unbegründet, in der Meinung, daß die Betriebenen sich binnen Frist darüber, daß von ihnen die fragliche Angelegenheit bei der zuständigen oberen Verwaltungsbehörde anhängig gemacht und von dieser an Hand genommen worden sei, auszuweisen haben, widrigenfalls die Rechte geöffnet würden; —

2. Tragen die Betriebenen die sie betreffenden Ausfertigungs- und die Hälfte der Recurskosten, wogegen die andere Hälfte der letztern und die Ausfertigungsgebühren für den Gemeinderath W. in Anwendung des §. 7 des Sporteingesetzes außer Ansatz bleiben (Justizpr. vom 14. Sept. 1848, Nr. 8.)

---

11. In einem Falle, in welchem die Vormundschaftsbehörden wegen fehlerhafter Amtsführung belangt wurden, kommt unter Anderem folgende Erwägung vor:

Daß die Einrede der Verjährung nicht Stich hält, mit Rücksicht darauf, daß

a) der § 110 des Gesetzes betreffend die Vormundschaft vom 21. Juni 1841, auf welchen die Beklagten sich dießfalls berufen, indem er festsetzt, daß eine Klage des gewesenen Vögt-

Digitized by Google

lings gegen seinen früheren Vogt oder die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde innerhalb sechs Wochen von der Zeit an, zu welcher ihm (dem Vögtling) das Resultat der von dem Rathe des Innern vorgenommenen Prüfung seiner Ausstellungen mitgetheilt worden ist, sofern er sich mit diesem Resultate nicht befriedigen will, bei dem competenten Gerichte eingeleitet sein müsse, offenbar voraussetzt, daß der Rath des Innern eine Prüfung der gemachten Ausstellungen wirklich vorgenommen und deren Ergebniß mitgetheilt habe, —

b) diese Voraussetzung nun aber hier nicht zutrifft, indem der Rath des Innern laut seines Beschlusses vom 31. December 1847 davon ausgegangen ist, es seien die Beschwerden und Begehren der Klägerin nicht als solche Ausstellungen, wie sie in der citirten Gesetzesstelle vorgesehen seien, zu betrachten, und aus diesem Grunde, unter Verweisung der Sache auf den Civilweg, es abgelehnt hat, auf eine Prüfung der klägerischen Beschwerden einzutreten, was dann auch folgerecht die Annahme ausschließt, daß die Klägerin, wenn sie nicht innerhalb sechs Wochen von jenem Beschlusse an ihre Klage bei dem Gerichte einleitete, dadurch auf dieselbe verzichtet habe, da ein Resultat einer von dem Rathe des Innern vorgenommenen Prüfung, in Ermangelung der letztern selbst, gar nicht vorlag, also auch davon, daß die Klägerin sich mit einem solchen durch Stillschweigen während der fraglichen Frist befriedigt erklärt habe, keine Rede sein kann. (Civilprot. vom 14. Sept. 1848 i. S. Schaufelberger.)

---

12. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Recurrent habe sich bei dem Bezirksgerichte Zürich darüber beschwert, daß das Friedensrichteramt A. eine vom 7. Juli d. J.

Digitized by Google

datirte Weisung in Sachen seiner, als Kläger und Wiederbeklagten, gegen C. A. und H. H. in A., Beklagte und Wiederkläger, in erster Instanz an das Zunftgericht W. statt an das Bezirksgericht gerichtet habe, obwol der Werth des Streitobjectes über 160 Fr. betrage; —

B. Laut dieser Weisung verlangen

a) der Kläger und Wiederbeklagte, daß die Wand in der Küche, die Treppen im zweiten Stock, die Wand zwischen der Scheune und dem Schopf abgebrochen und Alles in den vorigen Stand gestellt, die Wand über der Tenne im dritten Stock, die abgebrochen sei, wieder hergestellt und die Wand längs seiner Tenne und Küche als sein ausschließliches Eigenthum anerkannt werde, —

b) die Beklagten und Wiederkläger, daß der Kläger das in seiner neu errichteten Scheidewand in der Küche angebrachte zweite Fenster beseitige und die auf einer Kammer angebrachten Trägpfähle entferne; —

C. Zur Herstellung seiner Behauptung, daß ihm durch die von der Gegenpartei angebrachten Vorrichtungen, deren Wegschaffung er verlange, und durch Gutheißung der in der Wiederklage enthaltenen Begehren wegen Entzugs von Platz, Licht und Heiterkeit ein Schaden von mehr als 160 Fr. zugefügt werde, habe sich Recurrent auf Expertise berufen und als Experten den Zimmermeister K. in A. oder den Zimmermeister U. in Z. vorgeschlagen; —

D. Herr Friedensrichter B. habe berichtet: Er kenne die streitige Localität seit einem bei früherem Anlasse vorgenommenen Augenscheine und sowol hieraus als aus den gepflogenen Verhandlungen gehe mit Sicherheit hervor, daß der Werth des Streitobjectes ganz unbedeutend sei und der Grund des Prozesses nicht in dem Werthe der Sache, sondern in nachbarlichen Mißverhältnissen und gegenseitiger Neckerei liege; —

E. Ebenso habe die Gegenpartei des Recurrenten behauptet, daß der Streitgegenstand beinahe gar keinen Werth habe, und sich der Erhebung einer Expertise widersetzt, eventuell die Zulässigkeit des K. als

Digitized by Google

Experten bestritten, weil Recurrent durch ihn auf der streitigen Localität habe arbeiten lassen; —

F. Im Wesentlichen gestützt auf den Bericht des Friedensrichteramtes, habe das Bezirksgericht durch Beschluß vom 21. v. M. den Recurs als unbegründet erklärt; —

G. Gegen diesen Beschluß recurrire nun W., indem er bemerke, der Friedensrichter sei keineswegs befähigt, den Einfluß der betreffenden baulichen Veränderungen auf die Vermögensrechte des W. zu werthen, und es könne daher dem Letztern der Weg nicht abgeschnitten werden, den Werth auf andere Weise herzustellen; —

H. Die Beklagten und Wiederkläger tragen auf Verwerfung des Recurses an unter Wiederholung des Fact. E Angeführten; —

J. Das Bezirksgericht erkläre, daß es sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe:: —

in Erwägung:

1) Daß, wenn auch unzweifelhaft im Sinne des Gesetzes vom 23. Brachmonat 1846 betreffend einige Abänderungen des Gesetzes über das Gerichtswesen liegt, daß Anstände über den Werth einer Streitsache, soweit letzterer nur zu Festsetzung der Gerichtszuständigkeit dient, auf „möglichst summarische Weise" erledigt werden sollen (vgl. §. 5 in fine des cit. Gesetzes) und allerdings in vielen Fällen, wie z. B. namentlich, wo es sich bloß um den gemeinen, also von besondern, in der obwaltenden Streitsache in Berücksichtigung fallenden Verhältnissen unabhängigen Werth (den sog. Marktpreis) eines Grundstückes handelt, der Bericht des Friedensrichteramtes, so wie das eigene vernünftige Ermessen der Gerichtsmitglieder hiebei genügen wird, doch dieß als allgemein geltende und keine Ausnahme zulassende Regel nicht angesehen werden darf, da nicht nur das citirte Gesetz und die darauf gestützte obergerichtliche Verordnung vom 6. März 1847 die Zulässigkeit eines dießfallsigen Beweises nicht ausschließt, sondern

Digitized by Google

die Möglichkeit eines solchen vielmehr in oben erwähnter Vorschrift, daß „bei Erledigung der Vorfrage möglichst summarisch zu verfahren sei", voraussetzt; —

2) daß nun der vorliegende Fall sich zu Erhebung einer Expertise mit Rücksicht darauf, daß doch nicht bloß, wie das Bezirksgericht anzunehmen scheint, die Kosten, welche die Herstellung des frühern Zustandes verursachen möchten, und der allfällige Nachtheil, den die eine Partei durch Beseitigung der einen von den beiden Lichtöffnungen erleiden möchte, sondern auch der Verlust an Raum, welchen Kläger und Wiederbeklagter durch die von der Gegenpartei angeblich wider Recht angebrachte Wand und übrige Vorrichtungen zu erleiden behauptet, so wie der Einfluß, welchen die von den Wiederklägern verlangte Wegschaffung der Tragstücke auf sein Eigenthum ausüben würde, in Betracht fallen, zu dessen gehöriger Würdigung wol specielle Kenntnisse im Bauwesen und eine genauere Prüfung der obwaltenden baulichen Verhältnisse durch einen Fachmann erforderlich sein dürften:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und daher das Bezirksgericht unter Aufhebung des recurrirten Beschlusses angewiesen, einen Sachverständigen, jedoch mit Ausschluß des Zimmermeisters K., zu ernennen, welcher sich mit dem Friedensrichteramte nach vorgängiger Anzeige an die Parteien, welchen der Untersuchung beizuwohnen freisteht, an Ort und Stelle zu begeben, die Streitgegenstände mit Bezug auf ihre ökonomische Bedeutung für die Parteien zu prüfen und darüber einen motivirten Befund an das Bezirksgericht abzugeben hat, in der Meinung, daß dieser Befund sodann den Litiganten zur Einsicht vorzulegen, ihnen darüber schriftliche Eingabe zu gestatten und sodann von dem Bezirksgerichte der nöthige Bescheid zu erlassen ist; —

2. Habe übrigens Recurrent vor Allem aus für die über diese Expertise ergehenden Auslagen zureichende Deckung zu bestellen; —

Digitized by Google

3. Tragen die Recursen einstweilen die Kosten. (Justizprot. vom 12. Sept. 1848, Nr. 6.)

---

13. Agent U. begehrt Namens des S., daß auf den Erlös von Pfanden, welche der betreffende Creditor hat versilbern lassen, Arrest gelegt werde, und recurrirt gegen die dießfällige Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten, welcher dem Begehren nicht entspricht. Der Anwalt des Impetraten setzt dem Recurse in erster Linie entgegen: dem U. gehe, wenn er auch eine Vollmacht des S. beizubringen im Falle wäre, als bloßem Geschäftsagenten die Fähigkeit ab, Parteien in dem Umfange vertreten zu können, um für dieselben Arrestbegehren stellen und Recurse ergreifen zu dürfen.

Der obergerichtliche Recursalbescheid enthält in dieser Hinsicht folgende Erwägung:

Daß vorerst die Einsprache des Recursen gegen die Befugniß des U., den Recurrenten in der vorliegenden Sache zu vertreten, nicht als begründet angesehen werden kann, da, wenn auch allerdings der §. 2 des Advocaturgesetzes vom 18. December 1804, wonach nur den patentirten Rechtsanwälten die Betreibung eigentlicher Advocaturgeschäfte gestattet ist, durch das organische Gesetz über die Advocaten vom 25. Juni 1831 nicht aufgehoben wurde, diese Bestimmung gegenwärtig um so weniger auf die Abfassung von Recursschriften zur Anwendung gebracht werden kann, als nach §. 24 des alten Advocaturgesetzes zur Einreichung von Recursbeschwerden an das Obergericht die Fürsprechen ausschließlich befugt wären, während seit der Erlassung des neuen Advocaturgesetzes diese Befugniß den Procuratoren immerdar eingeräumt worden ist, hievon abgesehen aber seit 1831 die Praxis sich entschieden dahin festgestellt hat, daß im außerordentlichen Verfahren auch Personen, welche nicht als Rechtsanwälte patentirt sind, als Bevollmächtigte eines Andern handeln dürfen, somit das Ober-

Digitized by Google

gericht dieſe Art von Geſchäften niemals als „eigentliche Advocaturgeſchäfte“ betrachtet hat, für welche Auffaſſung auch die Analogie ſpricht, die ſich im Concursreglement vom 27. März 1835 findet, nach deſſen Beſtimmungen §. 6 b die Abgabe von Erklärungen bei der Collocation durch einen beliebigen Bevollmächtigten geſchehen kann, während einleuchtet, daß dieſes Handeln vor einer Gerichtsbehörde, mindeſtens mit dem gleichen Rechte, wie das Einreichen von Recursſchriften, nicht unter die Beſtimmungen des §. 2 des Advocaturgeſetzes vom 18. December 1804 ſubſumirt wird. (Juſtizprot. vom 16. Sept. 1848, Nr. 1.)

---

14. Das Obergericht hat,

da ſich ergeben:

A. Im Concurſe des H. H. habe R. eine grundverſicherte Forderung von 3200 fl. nebſt Zinſen angemeldet und dabei erklärt, daß er ſich in erſter Linie an die Bürgen und Selbſtzahler (den Recurrenten und G.), in zweiter Linie aber an ſeine Unterpfande halte; —

B. Recurrent habe in ſeiner Eigenſchaft als Bürge und Selbſtzahler den Zug der Unterpfande erklärt und verlangt, daß, ſofern die Entkräftung des Schuldbriefes erforderlich ſein ſollte, derſelbe von der Notariatskanzlei eingefordert werde; —

C. Der dießfälligen Aufforderung habe R. keine Folge gegeben, worauf die Notariatskanzlei G. die Hülfe des Bezirksgerichtes in Anſpruch genommen und dieſes ſodann durch Beſchluß vom 12. v. M. dem Recurrenten unter Androhung von Ordnungsbuße Friſt angeſetzt habe, um den fraglichen Schuldbrief der Notariatskanzlei zur Entkräftung einzugeben; —

D. Ueber dieſen Beſchluß beſchwere ſich nun Recurrent und verlange Aufhebung desſelben, indem er glaube, daß die Entkräftung des fraglichen Schuldbriefes nicht erforderlich ſei, weil

Digitized by Google

a) er (Recurrent) durch den Zug gegenüber dem Briefcreditor lediglich an die Stelle des bisherigen Schuldners trete und nicht etwa Eigenthümer von Liegenschaften werde, die ihm bisher für irgend eine Forderung als Unterpfande gedient hätten, —

b) dem R. nicht zugemuthet werden könne, daß er den Schuldbrief zur Entkräftung herausgebe, bevor er für seine Forderung befriedigt sei, nun aber der Bürge, wenn er, um den Zug thun zu können, den Schuldbrief einlösen und den Creditor befriedigen müßte, schlechteren Rechtes wäre, als der Schuldner selbst, indem dieser eine Kündigung verlangen könne; —

E. In gleichem Sinne spreche sich auch R., welchem die Recursschrift mitgetheilt worden sei, in einer Eingabe vom 1. d. M. aus; —

F. Herr Landschreiber D. habe die Recursschrift unbeantwortet gelassen; —

G. Das Bezirksgericht bemerke in seinem Berichte: Da Recurrent eine Forderung an den Cridar im Concurse nicht angemeldet habe, so könne er nur an der Stelle des R. den Zug thun, und es sollte daher keinem Zweifel unterliegen, daß der Schuldbrief entkräftet werden müsse:: —

in Erwägung:

1) Daß einem Bürgen einer grundversicherten Forderung, welcher im Concurse eines Schuldners den Zug über die Briefesunterpfande anstatt des Gläubigers und an derjenigen Stelle, die diesem, wenn er selbst den Zug thäte, zukäme, thun will, dieß nur zusteht, indem er in die Rechte des Gläubigers eintritt, zumal ohne vorausgangene Cession der dem Gläubiger zugestandenen Forderung und des darauf bezüglichen Pfandrechtes dem zahlenden, resp. die Schuld übernehmenden Bürgen nur ein unversicherter und in die Klasse der Currentgläubiger zu collocirender Anspruch auf Ersatz gegen den Hauptschuldner zustände, mit welchem er zu dem Zuge der Pfande nur durch Ueberschlagung aller besser Berechtigten zu gelangen vermöchte; —

Digitized by Google

2) daß, da nun offenbar der Zweck des Recurrenten der ist, den Zug an der dem R. zukommenden Stelle, und nicht mit seiner eigenen, aus der Bürgschaft gegen den Cridar entstandenen, laufenden Forderung zu thun, die Ansicht des Notars und des Bezirksgerichtes, wonach er dieses nicht anders kann, als indem er den Schuldbrief des R. zur Entkräftung einreicht, an sich ganz folgerichtig und dem Rechte gemäß ist, weil, sobald Recurrent mit cedirten Rechten des Gläubigers auftritt, er der wahre Gläubiger des Cridars und Inhaber der grundversicherten Forderung des ursprünglichen Creditors geworden und der Schuldbrief des letztern es ist, mit welchem der Zug geschieht, was nothwendig wegen des in Folge des Zuges eintretenden Zusammenfallens der Forderung und Schuld, so wie des Eigenthumes und des Pfandrechtes an den bisherigen Pfandobjecten die Entkräftung des Schuldbriefes ganz ebenso, als wenn der ursprüngliche Gläubiger den Zug in eigener Person gethan hätte, nach sich ziehen muß; —

3) daß indeß die Uebung es nicht so strenge nimmt, sondern dem Bürgen, sobald der Gläubiger nur, was im vorliegenden Falle einzutreten scheint, dem erstern anstatt seiner und in der Meinung, daß er (der Gläubiger) sich künftig an ihn (den Bürgen) halten werde, zu ziehen überläßt, den Zug zwar aus dem Rechte des Gläubigers, aber ohne förmliche Cession der Rechte desselben und somit ohne Abtretung des Schuldbriefes auf ähnliche Weise, wie dieß mit dem anstatt des geschreitenden Gläubigers ziehenden Geschreiten zu geschehen pflegt, gestattet, und nun von dieser Uebung abzugehen zureichende Gründe um so weniger vorhanden sind, als einerseits die Billigkeit dafür spricht, zumal, wie von selbst einleuchtet, der Gläubiger ohne vorherige Zahlung zur Cession seiner Rechte auf die Gefahr hin, statt einer versicherten Forderung eine, wenigstens bis zu der unter Umständen nicht einmal immer sofort möglichen Ausfertigung eines neuen Schuldbriefes, unversicherte zu

Digitized by Google

erhalten, nicht gezwungen werden könnte, während der Bürge vorherige Zahlung zu leisten oft nicht im Stande sein dürfte, — anderseits aber ein Nachtheil mit dieser Uebung nicht verbunden ist, weil, wenn der Bürge in dem Zuge als solcher bezeichnet wird, das Zusammenfallen (Confusion) der Forderung und Schuld, so wie des Eigenthumes und des Pfandrechtes, — welches Zusammenfallen übrigens auch bei der regelmäßigen Behandlung der Sache wegen der gleichzeitig mit der Entkräftung des Schuldbriefes und Fertigung des Zuges eintretenden Wiedererrichtung des Schuld- und Pfandverhältnisses auf den Züger ein bloß momentanes und fast nur in der Idee bestehendes wäre, — sich überall nicht bemerklich macht: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und daher das Bezirksgericht beauftragt, den Notar anzuweisen, dem Bürgen, sofern der Creditor damit einverstanden ist, daß ersterer an seiner (des Creditors) Stelle den Zug thue, denselben ohne Entkräftung des Schuldbriefes auszufertigen und den Gläubiger auf den ziehenden Bürgen zu verweisen; —

2. Habe Recurrent die Ausfertigungskosten zu bezahlen. (Justizpr. vom 16. Sept. 1848, Nr. 2.)

---

15. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Ein Pfarramt des Bezirkes N. habe in neuester Zeit ein Brautpaar, wo der Bräutigam ein Ausländer, die Braut dagegen eine Cantonsbürgerin sei, gleich nach Empfang der Promulgations- und Entlassungsurkunde copulirt, und stehe in der Ansicht, es sei in solchen Fällen eine Copulationsbewilligung von Seite des Bezirksgerichtspräsidenten nicht erforderlich; —

B. Der Bezirksgerichtspräsident glaube dagegen, es sei eine Can-

Digitized by Google

tonsbürgerin, die sich mit einem Fremden verheirathe, von dem Augenblicke an, wo dieselbe aus dem hiesigen Staatsverbande entlassen werden, als Fremde zu betrachten, und es müsse, wenn die Copulation im hiesigen Cantone stattfinden solle, nach §. 80, Abschn. 3 des Gesetzes über die bürgerliche Rechtspflege verfahren und demnach Bewilligung zur Copulation bei dem Bezirksgerichtspräsidenten ausgewirkt werden, in welchem Sinne auch von anderen Bezirksgerichtspräsidenten verfahren werde; —

C. Um jedoch für die Zukunft allfällige Zweifel zu beseitigen, gebe der Präsident des Bezirksgerichtes dießseitiger Stelle von diesem Specialfalle Kenntniß und bitte um Wegleitung:: —

in Berücksichtigung:

Daß das betreffende Pfarramt im vorliegenden Falle in zweifacher Beziehung gefehlt hat, indem nach § 80, Abschn. 2 c des organischen Gesetzes über die bürgerliche Rechtspflege, selbst wenn der Bräutigam ein hiesiger Cantonsangehöri;er ist, zur Copulation in einem anderen Pfarramte des hiesigen Cantons als dem seines Bürgerrechtsortes es der Bewilligung oder Empfehlung seines heimatlichen Pfarramtes bedarf, daher, wenn der Bräutigam ein Fremder ist, ein hiesiges Pfarramt denselben um so weniger copuliren darf, ohne daß der Ausweis, daß seine heimatliche Obrigkeit mit der Copulation im hiesigen Cantone einverstanden sei, vorläge, als ja auch bei uns zur Copulation von Cantonsangehörigen außer dem Cantone die Bewilligung des heimatlichen Pfarramtes nicht genügt, sondern hiezu die Bewilligung der Staatsbehörde gefordert wird:: —

mit Einmuth beschlossen:

Sei das Präsidium des Bezirksgerichtes N. in dem in den Erwägungen bezeichneten Sinne beschieden und dasselbe beauftragt, das betreffende Pfarramt anzuweisen, in Fällen, wo die Braut, nicht aber der Bräutigam das hiesige Cantonsbürgerrecht besitzt, die Copulation

Digitized by Google

nicht zu vollziehen, ehe eine Bewilligung seiner heimatlichen Obrigkeit zur Copulation im hiesigen Cantone beigebracht sei. (Justizprot. vom 21. Sept. 1848, Nr. 10.)

---

16. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Im Concurse des am 18. März 1847 vor dem Bezirksgerichte N. verrechtfertigten J. H. habe R. in S. folgende Forderung angemeldet:

1900 fl. Capital laut Briefes von Martini 1831,

380 „ als vier Zinse, mit Martini 1846 verfallen, sammt dem laufenden,

85 „ Restanz an den mit Martini 1842 verfallenen Zins im Betrage von 95 fl.,

und erklärt, sich für diese Forderung an Brief und Siegel halten zu wollen; die Notariatskanzlei S. habe zwar laut Attestates vom 14. d. M. die Zinsrestanz von 85 fl. unter die laufenden Forderungen locirt, dieselbe dann aber, da das dafür angesprochene Pfandrecht während der reglementarischen Bedenkzeit nicht bestritten worden sei, dem Züger der Liegenschaften (dem Recurrenten) ebenfalls angewiesen; —

B. Mit Rechtsbot vom 20. Juni d. J. habe R. den Recurrenten für die 85 fl. nebst den übrigen verfallenen Zinsen betrieben, der Angesprochene aber Rechtsvorschlag ausgewirkt und mit Bezug auf die 85 fl. eingewendet, daß dieselben, da sie zur Zeit des Ausbruches des Concurses eines Pfandrechtes nicht mehr genossen, dem Züger nicht haben überbunden werden können; —

C. Auf Begehren des Ansprechers habe der Präsident des Bezirksgerichtes laut Verfügung vom 29. v. M. die Rechte wieder eröffnet, und zwar mit Bezug auf die fraglichen 85 fl. darum, weil der dafür im Concurse angesprochene, wenn auch rechtlich nicht begründete bessere

Digitized by Google

Rang unwidersprochen geblieben und daher der Züger gemäß der obergerichtlichen Verordnung vom 17. Nov. 1842 (Schauberg, Beiträge, Bd. VI. S. 78) zur Uebernahme und Zahlung verpflichtet sei; —

D. Gegen diese Rechtseröffnung mit Bezug auf die 85 fl. recurrire nun der Betriebene und verlange Aufhebung derselben, weil, wie er glaube, die Bestreitung des für eine Forderung im Concurse angesprochenen, ihr gesetzlich nicht zustehenden Ranges gar nicht nothwendig sei; —

E. Der Ansprecher trage aus dem in der recurrirten Verfügung angeführten Grunde auf Verwerfung des Recurses an; —

F. Der Bezirksgerichtspräsident erkläre, daß er sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe; —

G. Unter dem 8. d. M. habe die Justiz-Commission provisorische Rechtsstellung für die 85 fl. verfügt:: —

In Erwägung:

1) Daß, da der Concurs des J. H. am 18. März 1847 ist collocirt worden, gemäß Stadt- und Landrecht, Thl. X. §. 32 aber nur die vier letztverflossenen Zinse eines grundversicherten Capitals nebst dem während der Concursverhandlung etwa weiter verfallenden als versichert anzusehen sind, die von dem mit Martinstag 1842 verfallenen Zinse herrührende Zinsrestanz von 85 fl., um welche es sich gegenwärtig allein noch handelt, eines Pfandrechtes nicht mehr genoß und daher auch dem Züger der verpfändeten Liegenschaften zur Bezahlung nicht überbunden werden konnte, es wäre denn, daß derselbe als grundversichert wäre collocirt oder am Collocationstage von dem Gläubiger das Pfandrecht, ungeachtet der von der Notariatskanzlei nach Analogie der allgemeinen obergerichtlichen Verfügung vom 17. November 1842 (abgedruckt bei Schauberg, Beiträge, Bd. VI S. 78) geschehenen Locirung unter den laufenden Forderungen beharrlich wäre in Anspruch genommen, von dem zum Zuge Gelangten aber dagegen zu protestiren unterlassen worden; —

Digitized by Google

2) daß sich nun aber aus den Recursacten und namentlich aus dem Attestate der Notariatskanzlei E. vom 14. d. M. die beherrliche Stellung einer Pfandrechtsansprache für den in Rede stehenden Rest von 85 fl. zur Zeit nicht ergibt, indem daraus nicht hervorgeht, daß, ungeachtet der Notar mit vollem Rechte diesen Rest entgegen der Eingabe des Gläubigers in die Reihe der unversicherten Forderungen aufgenommen hatte, der Gläubiger sein Begehren um Aufnahme dieser Forderung unter die grundversicherten von sich aus wieder vorgebracht, oder daß der Notar die anwesenden Gläubiger auf das in der Eingabe enthaltene Begehren am Collocationstage in Gewärtigung, ob der Ansprecher darauf beharre und ob die übrigen Betheiligten dagegen Einsprache erheben werden, nach Maßgabe der oben citirten allgemeinen Vorschrift, welche unmittelbar zwar nur von Geltendmachung im Gesetze nicht begründeter Privilegien spricht, allein vollständig analoge Anwendung auch auf den vorliegenden Fall findet, aufmerksam gemacht habe; —

3) daß daher, bis erwiesen ist, daß die Verfügung vom 17. Nov. 1842 eingehalten, dessen ungeachtet aber von dem Recurrenten zu protestiren unterlassen worden sei, die Forderung für liquid nicht zu halten ist:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und habe es daher bei der von der Justiz-Commission provisorisch verfügten Rechtsstellung für die 85 fl. sein Bewenden; —

2. Trage die Gegenpartei einstweilen die Kosten. (Justizprot. vom 21. Sept. 1848, Nr. 1.) *)

*) Vgl. auch das oberger. Urtheil vom 9. Nov. 1848 i. S. Mälli c. Orelli.

Digitized by Google

17. Die Elisabetha M. vermacht die lebenslängliche Nutznießung ihres in 1616 fl. bestehenden Vermögens ihrer Schwester Ursula. Gegen die Gültigkeit dieser testamentlichen Verordnung als gegen eine Verletzung des Pflichttheiles erheben die Kinder einer verstorbenen Schwester Einsprache.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß der Pflichttheil seinem Begriffe nach derjenige Theil der Verlassenschaft ist, über welchen der Erblasser von Todes wegen auf keine Weise verfügen darf, sondern welchen er ganz und ungeschmälert seinen Notherben hinterlassen muß, wie denn auch Thl. III. §. 51, S. 51 des Stadterrechtes ausdrücklich bestimmt, daß der Testator nur aus dem Theile seiner Verlassenschaft Vermächtnisse aussetzen dürfe, welcher nach Abzug des Pflichttheiles übrig bleibt; daß mithin, da laut Thl. I. § 10, Abschn 2 des Stadterrechtes der Testator seinen Verwandten im anderthalben Grade der Seitenlinie sein ganzes Erbgut und 1/4 der Errungenschaft als Pflichttheil zu hinterlassen gehalten ist, mit Bezug auf den vorliegenden Fall aber zugegeben wird, daß die Kläger mit der Testatorin in diesem Grade verwandt seien und daß die ganze Verlassenschaft der letztern in Erbgut bestehe, keinem Zweifel unterliegen kann, daß nicht nur die letztwillige Verordnung der Elisabetha M., wonach der Beklagten die lebenslängliche Nutznießung an der Verlassenschaft zukommen soll, sondern auch die Bestimmung des Bezirksgerichtes, zufolge welcher diese Nutznießung auf ein 1/10 des fraglichen Vermögens reducirt wird, ungültig sei, weil in beiden Fällen in den Pflichttheil, welcher den Klägern laut Gesetzes gebührt, eingegriffen wird, und wenn das Bezirksgericht sich darauf beruft, daß nach Thl. I. § 10, Abschn. 1 des Stadterbrechtes sogar den Eltern, welche doch ihre ganze Habe (ohne Unterschied zwischen Erbgut und Errungenschaft) ihren Kindern

Digitized by Google

hinterlassen müssen, gestattet werde, „nach Beschaffenheit ihrer Mittel“ Legate auszusetzen, daß also anzunehmen sei, es müsse da, wo Testator und Notherben nicht in so nahem Verwandtschaftsverhältniß stehen, diese Befugniß in noch weit größerem Maße stattfinden, hierauf erwiedert werden kann, daß die fragliche Bestimmung als eine ganz singuläre sich darstellt, deren Grund darin zu finden ist, daß ohne dieselbe Eltern (weil sie den Kindern ihre ganze Habe hinterlassen müssen) unter keinen Umständen über einen Kreuzer ihres Vermögens verfügen könnten, während in allen übrigen Fällen, in denen der Pflichttheil (wenigstens dem Begriffe nach) nicht die ganze Verlassenschaft umfaßt, diese Härte nicht eintritt, — endlich eben so wenig von analoger Anwendung der gesetzlichen Vorschrift, wonach Ehegatten einander leibdingsweise bedenken dürfen, die Rede sein kann, indem auch diese Bestimmung eine singuläre ist; —

2) daß indessen, obgleich nach dem Angeführten die Berufung der Kläger begründet ist, dennoch es sich rechtfertigt, wenn ihnen ein Theil der Kosten, und zwar in stärkerem Maße, als das Bezirksgericht es gethan hat, aufgelegt wird, weil sie durch ihr Verfahren, namentlich durch unrichtige Einleitung des Prozesses, denselben ungemein verweitläufigt und dadurch einen bedeutenden Theil der Kosten verursacht haben:: —

mit Einmuth gefunden:

Es sei die Berufung der Kläger begründet, diejenige der Beklagten (hinsichtlich des Kostenpunktes) zum Theil begründet, und hierauf

erkannt:

1. Sei die Beklagte schuldig, die fragliche Verlassenschaft mit den Klägern ohne irgend welchen Abzug zu theilen; —

2. Sollen die sämmtlichen erst- und zweitinstanzlichen Prozeßkosten von den Klägern zu 1/4 und von der Beklagten zu 3/4 getragen werden. (Civilprot. vom 12. Sept. 1848 i. S. Schneebeli c. Müller.)

Digitized by Google

18. Der Vater F. ſtellt ſeinem Sohne einen Wechſel aus; Letzterer hebt den Rechtstrieb an und erhält Pfande. Bald darauf geräth der Vater F. in den Concurs, und nun wird die Gültigkeit ſowol der Forderung als des Pfandrechtes beſtritten.

Das obergerichtliche Urtheil, durch welches Beide als gültig erklärt worden ſind, enthält unter Anderem folgende Erwägung:

Daß, da der vorliegende Wechſel äußerlich ſich in Ordnung befindet und ebenſo in formeller Beziehung gegen den Pfandſchein Nichts eingewendet wurde, dieſe Urkunden, ſo lange nichts Anderes entgegenſteht, genügenden Beweis für die Richtigkeit der Forderung und das dafür angeſprochene Pfandrecht bilden und namentlich die durch Geſetz und Uebung feſtſtehenden Grundſätze über die Gültigkeit von Schuldſcheinen, welche ein Creditor vor dem Concurſe zu Gunſten ſeiner Ehefrau errichtet hat, analoge Anwendung hier nicht finden, da der Grund, aus welchem es im letztern Falle mit dem Beweiſe für die Richtigkeit eines ſolchen Schuldbekenntniſſes gemäß geſetzlicher Vorſchrift (Stadt- und Landrecht, Thl. X. §. 18) ſtrenge genommen werden muß, nämlich der, daß der Ehemann, wenn er ſeinen Concurs herannahen ſieht, ein offenbares Intereſſe hat, ſich als Schuldner ſeiner Ehefrau zu bekennen, reſp. das Weibergut, zu vermehren, weil er vermöge des ihm an dem Vermögen ſeiner Ehefrau zuſtehenden Nutzungsrechtes hiedurch ſich ſelbſt Vortheile zuwendet, mit Bezug auf Schuldſcheine gegenüber Anverwandten nicht obwaltet, und wenn allenfalls auch noch von Vortheilen geſprochen werden könnte, die einem Cridare aus dem Vermögen der in ſeiner Gewalt lebenden Kinder zu Gute kommen ſollten, doch das Gleiche nicht gilt mit Bezug auf ſolche Kinder, bei welchen, wie im vorliegenden Falle, jenes Verhältniß nicht vorhanden iſt. (Civilprot. vom 14. Sept. 1848 i. S. Furrer.)

Digitized by Google

19. Auszug aus den Erwägungen des obergerichtlichen Urtheils vom 23. September 1848 in Sachen Waser c. Kreis betreffend Bürgschaft.

Daß, wenn die Beklagten heute sich darauf berufen, der Gläubiger habe sein Recht, auf sie zu greifen, dadurch verwirkt, daß er der Aufforderung vom 17. März 1845, die Schuld aufzukünden, keine Folge gegeben, indem er hiedurch den Verlust der Forderung gegenüber dem Hauptschuldner veranlaßt habe, weil derselbe nachher zahlungsunfähig geworden, während dieß damals noch nicht der Fall gewesen sei, diese Ansicht entschieden unrichtig ist, da es rein vom Creditor abhing, wann er die Bezahlung für seine Forderung verlangen wolle, und ein Recht des Bürgen, den Creditor zu zwingen, früher gegen den Debitor einzuschreiten, als ihm beliebt, gar nicht existirt, so daß der Creditor, indem er den Hauptschuldner damals nicht belangte, lediglich seinem Rechte gemäß sich benommen hat, und der Umstand, daß er der fraglichen Aufforderung der Bürgen kein Gehör gab, ihm in keiner Weise zum Nachtheile gereichen kann, da auf seiner Seite eine Verpflichtung, einem solchen Wunsche der Bürgen nachzukommen, gar nicht vorhanden war, vielmehr den Bürgen, wenn sie sich aus dem Verhältnisse der Bürgschaft hätten befreien wollen, um noch eher rechtzeitig gegen den Hauptschuldner auftreten zu können, dem Gläubiger gegenüber nichts Anderes übrig geblieben wäre, als denselben gegen Abtretung seiner Rechte zu bezahlen und sodann von sich aus den Hauptschuldner zu belangen.

---

20. M. verkauft an den O. ein Heimwesen zu unverhältnißmäßig hohem Preise, wobei Sch. als angeblicher Kaufliebhaber auftritt und durch Bieten den Preis hinauftreibt. Bei der Fertigung des Kaufes wird dem Notar fälschlicher Weise vorgegeben, es sei eine Zahlung von

Digitized by Google

300 fl. geliehet, um desto eher Geld zu bekommen. Später verkauft M. den werthlosen Kaufschuldbrief an den F.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß, wenn zwar auch nach den Acten darüber gar kein Zweifel obwalten kann, daß die von M., Vater und Sohn, dem O. verkauften Liegenschaften bei Weitem denjenigen Werth, für welchen letzterer sie, auch ganz abgesehen von den angeblich von ihm daran abbezahlten, in der That und Wirklichkeit aber nie darauf schuldig gewordenen 300 fl., übernommen hatte, nicht gehabt haben, demnach schon dieser übermäßigen Ansatz allein den Betreffenden als Vergehen und namentlich als Betrug, resp. Versuch eines solchen, zuzurechnen nicht gerechtfertigt wäre, weil nicht vorliegt, daß derselbe oder gar der ganze Verkauf bloß simulirt und darauf berechnet gewesen sei, durch den vermeintlichen hohen Kaufpreis einen Dritten über den wahren Werth der verkauften Liegenschaften zu täuschen und ihr dadurch zu vermögen, sei es dem wirklichen oder angeblichen Käufer auf die Kaufsobjecte, sei es den wirklichen oder angeblichen Verkäufern auf den zu ihren Gunsten ausgestellten Kaufschuldbrief eine größere Summe, als jene Kaufsobjecte, resp. der Kaufschuldbrief, werth waren, darzuleihen und ihn dadurch um das ganze oder einen Theil des darauf zu gebenden Capitals zu prellen, vielmehr Alles und namentlich der sowol von den beiden M. als von Sch. zugegebene Umstand, daß letzterer von ersteren herbeigezogen worden ist, um den Kauf mit O. zu Stande zu bringen, daß er hiefür auch von den beiden M. eine Belohnung erhalten hat (Act. 83, 92, 99, 100, 102, 104 u. 105), und daß er, wie Rudolf M. und die Eheleute O. (Act. 97, 98 u. 103) behaupten und auch, als der von Sch. übernommenen Rolle völlig entsprechend, sehr glaubhaft erscheint, durch eigenes Bieten den Kaufpreis für O. hinaufgetrieben hat, darauf

Digitized by Google

hinweist, daß der Kauf ernstlich gemeint und es den M. darum zu thun gewesen sei, ihr Heimwesen dem freilich vermögenslosen O. so theuer als möglich anzuhängen; —

2) daß dagegen mit Bezug auf die 300 fl, welche unwahrer Weise als Bestandtheil des Kaufpreises in den Kaufsvertrag und den Kaufbrief sind aufgenommen, dann aber sofort als bezahlt vorgemerkt worden, eine solche auf Täuschung eines Dritten gerichtete Absicht wirklich obgewaltet hat, indem dieß aus den Aussagen des Rudolf M., Sohn (Act. 45), des O. (Act. 94) und der Ehefrau O. (Act. 103), daß diese Manipulation beim Kaufe sei verabredet worden, um auf den Kaufschuldbrief oder eine Copie (Geldaufbruchschein) desto eher Geld zu erhalten, hervorgeht, welche Aussagen dann auch durch die Angaben des B. (Act. 130) unterstützt werden; —

3) daß nun hierin alle im §. 239 des Strafgesetzes aufgezählten Merkmale des Betruges, nämlich eine absichtliche Täuschung durch Erzeugung eines Irrthums, unternommen zum Nachtheil der Rechte eines Andern, sich vorfinden, dieser Betrug jedoch sich nur als einfacher darstellt, weil keiner der in §. 241 ibid. aufgezählten Auszeichnungsgründe dabei vorkommt und namentlich der Ansicht des Criminalgerichtes, welches wegen angeblicher Täuschung des Notars bei Fertigung des Kaufes die Hintergehung eines öffentlichen Beamten annimmt und daher die lit. i des citirten Paragraphen zur Anwendung bringt, nicht beigetreten werden kann, da der Notar in seiner Eigenschaft als Fertigungsbeamter dabei, daß das Geschäft in allen seinen Modalitäten so, wie es wirklich unter den Contrahenten abgeschlossen worden war, ihm vorgelegt werde, nicht interessirt ist und ein selbstständiges Recht, in dieser Beziehung die Wahrheit zu erfahren, nicht hat; —

4) daß, wenn sich dann aber fragt, ob der Betrug als vollendet oder bloß als versucht angesehen werden müsse, zwar das Erstere

Digitized by Google

anzunehmen wäre, wenn ein Dritter sich durch Vorweis des angeblich ursprünglichen Kaufpreises und der vermeintlichen Abzahlung dazu hätte bestimmen lassen, auf die Kaufsobjecte, resp. den Kaufschuldbrief, überhaupt ein Darlehen, resp. ein größeres als sonst von ihm erhältlich gewesen wäre, zu machen oder sonst, z. B. durch Ankauf, Eintauschung u. s. w. des Schuldbriefes, Annahme desselben an Zahlungsstatt u. dgl., Geld oder Geldeswerth zu geben, wogegen, insoweit es hiezu nicht kam oder der Dritte sich nicht durch die Kenntniß jenes Umstandes, sondern durch andere Gründe bewegen ließ, bloßer Versuch vorläge, und zwar naher, wenn die Inquisiten die falschen Angaben ihm wirklich gemacht und sie durch den Vorweis der die Abzahlung erwähnenden Urkunden unterstützt, entferuter dagegen, wenn sie von diesen Urkunden keinen Gebrauch gemacht und sich daher mit der Errichtung derselben auf den Fall, daß es nöthig wäre, begnügt haben, indem im letztern Falle jene Vereinbarung beim Kaufabschlusse und die Anbringung des Vormerkes der Abzahlung sich bloß als Vorbereitung zur Hintergehung des Dritten darstellen, im erstern Falle hingegen die Vorweisung der Urkunde als zur wirklichen Ausführung des Vergehens gehörend erscheinen würde (Strafgesetz, §. 42 a u. b); —

5) daß nun zwar nach den Angaben des F., welcher den von O. zu Gunsten des M., Vater, errichteten Kaufschuldbrief von 1085 fl. von letzterm an Zahlungsstatt an eine ihm von M., Sohn, geleistete Bürgschaft übernommen und den Rest mit Geld und Waaren dem Vater M. gut gemacht hat, bei den dießfallsigen Unterhandlungen von den beiden M. ihm (F.) vorgestellt worden sein soll, wie der Käufer der Unterpfande an den Kaufpreis bereits 300 fl. abbezahlt habe, wie ferner, was ebenfalls nicht richtig war, dem Kaufschuldbriefe noch andere Versicherungen im Betrage von ebenfalls 300 fl. nachgehen und wie endlich der Briefschuldner aus

Digitized by Google

einem aufzubrechenden Darlehen mit Pfingsten oder nach andern Angaben (vgl. Act. 3 und 69) auf Lichtmeß dieses Jahres (die Verhandlungen über den Kaufschuldbrief und die Uebernahme desselben von Seite des F. scheinen gemäß Act. 70 zu Ende des verflossenen Jahres stattgefunden zu haben) den Kaufschuldbrief abzahlen werde (vgl Act. 66), und hiemit auch die Angabe des K., Angestellten des F. (Act. 69), so wie zum Theil diejenige des M., Sohn (Act. 85, Antw. 24 u. 25) übereinstimmen, und auch M., Vater (Act. 92, Antw. 17) nicht mehr beharrlich in Widerspruch zu setzen wagt, daß wenigstens von der angeblich durch O. geschehenen Abzahlung von 300 fl. an den Kaufpreis die Rede gewesen sei, — dennoch aber nicht nur nicht erwiesen ist, daß F. durch diese Angaben [von denen die beiden ersten allerdings lügenhaft, die Dritte sich auf die aus dem von O. zu contrahirenden Darlehen in Aussicht gestellte baldige Abzahlung des Kaufschuldbriefes beziehende insofern unredlich war, als die M. recht gut wußten, daß die Bemühungen des O., auf seinen Geldausbruchschein ein Darlehen zu erhalten, bis dahin fehlgeschlagen waren (vgl. Aussage des Sch. Act. 87),] zur Uebernahme des Kaufschuldbriefes bewogen worden sei, und eben so wenig sich eine Spur davon findet, daß die Inquisiten, um jene ihre Angaben, namentlich diejenige über den Kaufpreis der Pfandobjecte und die angebliche Abzahlung der 300 fl., ihm (dem F.) glaubhaft zu machen, die darüber errichteten oder sonst diese Verhältnisse erwähnenden Urkunden, z. B. den Kaufanfsatz Act. 41, oder eine Abschrift des Kaufbriefes Act. 5, oder einen dießfälligen Auszug aus dem Notariatsprotokolle vorgewiesen haben, sondern vielmehr das Gegentheil, nämlich daß F. sich aus ganz andern, freilich sehr unzureichenden Gründen von der Güte des Kaufobjectes überzeugt und denselben anzunehmen sich entschlossen habe, sich ergibt, indem er (F.) in seiner Einvernahme vor Stadthalteramt (Act. 7 a)

Digitized by Google

ausdrücklich erklärt, theils (was freilich mit seinen und des K. Behauptungen und den Angaben des M., Sohn, in auffallendem Widerspruche steht) „von dem Güterverkaufe habe M. (bei den Verhandlungen mit F.) kein Wort geäußert und daher auch Nichts gesagt, ob Abzahlungen stattgefunden", theils er (F.) habe den Vorschlag des M., Vater, ihm den Brief an Zahlungsstatt überlassen zu wollen, angenommen, weil dieses Instrument bei der Privatbank von P. um 500 fl. versetzt sei und er (F.) gewußt habe, „daß die Privatbank keine schlechten Faustpfande annehme", auch habe er (F.) zwar den Kaufschuldbrief nie gesehen und nie untersucht, aber denselben (d. h. die Unterpfande) „vor Abschluß des Kaufes" durch einen seiner (des F.) Commis untersuchen (d. h. besichtigen) lassen, „der mir nach seiner Rückkunft bemerkte, er halte den Brief für gut", womit dann auch die Aussage des K. (Act. 69) übereinstimmt, indem dieser bezeugt, daß er es gewesen, welcher von F. zu Besichtigung der Unterpfande (freilich zu einer Zeit, wo sie mit Schnee überdeckt waren!) abgesendet worden sei; —

6) daß hienach gemäß Erw. 4 ein vollendeter Betrug nicht, sondern bloß der Versuch eines solchen, und zwar ein entfernter, anzunehmen ist, weil sich nun die verbrecherischen Handlungen auf die bloße, bei der Kaufshandlung über die Liegenschaften stattgefundene Vereinbarung über die Simulation einer Abzahlung von 300 fl. beschränken, ohne daß für die Unterstützung einer etwa dießfalls gegen F. oder eine andere dabei interessirte Person vorgebrachten lügenhaften Behauptung durch Vorweisung der Urkunden oder auf andere Weise irgend Etwas vorläge; —

7) daß, was den Betrag des Vergehens anbetrifft, derselbe sich nicht genau bestimmen, namentlich nicht auf die 300 fl. oder 480 Fr., die fälschlicher Weise dem Kaufpreise beigefügt und dann daran abgeschrieben wurden, ansetzen läßt, zumal keineswegs nothwendig

Digitized by Google

oder auch nur wahrscheinlich ist, daß Jemand bloß darum, weil der Käufer der Liegenschaften 300 fl. mehr dafür bezahlt haben solle, sich würde habe bestimmen lassen, eine eben so große Summe mehr für oder auf dieselben oder den Kaufschuldbrief zu geben, — indeß dieser vermeintliche Mehrwerth denn doch möglicher Weise keinen ganz unbedeutenden Einfluß auf einen Darleiher oder Uebernehmer des Schuldbriefes würde haben ausüben können, und es daher sich rechtfertigt, den Betrag des Vergehens als 100 Fr. übersteigend anzunehmen, indem der Betreffende sich für mehr bezahlte oder dargeliehene 100 Fr. immer noch mehrfach gedeckt hätte halten können; —

8) daß hinsichtlich des subjectiven Thatbestandes darüber, daß M., Vater und Sohn, als Urheber anzusehen seien, kein Zweifel obwalten kann, indem, wie aus ihren spätern Bemühungen, den Kaufschuldbrief unter Anpreisung seiner Güte und, wenigstens wahrscheinlich, auch unter (mündlicher) Bezugnahme auf die bereits erfolgte Abzahlung von 300 fl. an den Kaufpreis (Erw. 5), an den Mann zu bringen, hervorgeht, sie es waren, welche aus der in Rede stehenden Simulation den meisten oder wol den einzigen Nutzen zu ziehen gedachten, und bezüglich auf den Vater M. er nicht nur zugeben muß, bei den Kaufsverhandlungen gegenwärtig gewesen zu sein, sondern seiner Behauptung, es habe O. wirklich eine Baarzahlung versprochen, und er (Vater M.) habe davon, daß dieß nicht ernstlich gemeint und sofort 300 fl. abzuschreiben vereinbart worden sei, nichts gewußt, entscheidend entgegenstehen theils die Angaben seines, ihn sonst keineswegs zu belasten suchenden, vielmehr schonenden (vgl. Act. 34, Antw. 2, Act. 93, Antw. 9) Sohnes (Act. 50, Antw. 2) und diejenigen des O. (Act. 33, Antw. 21, Act. 94, Antw. 2 u. 4, und Act. 121), ferner der Ehefrau O. (Act. 103 u. 104), verbunden einerseits mit dem Attestate des Notars, daß der Vater M. die Fertigung des Kaufes,

Digitized by Google

bei welcher die geschehene Abzahlung erwähnt wurde, besorgt habe (Act. 12), anderseits mit der einen der freilich in dieser Beziehung variirenden Angaben des F. (Act. 68) und derjenigen des K. (Act. 69), insoweit nämlich aus dem Umstande, daß M, Vater, sich bei den Verhandlungen mit F. auf die geschehene Abzahlung der 300 fl. berufen habe, sich rückwärts schließen läßt, daß er auch früher bei den Verhandlungen über den Verkauf der Liegenschaften der dießfälligen Vereinbarung nicht fremd geblieben sei, rücksichtlich des Sohnes M. aber derselbe wiederholt bei dem Verkaufe der Liegenschaften wesentlich thätig gewesen zu sein und in jene Simulation der Abzahlung von 300 fl. gewilligt zu haben zugestehen muß, wobei auf seine weitere Behauptung, es sei der Vorschlag zuerst von einem Andern (Sch.) gemacht worden, Nichts ankommen kann; —

9) daß sowol O. als Sch. bei der in Rede stehenden betrügerischen Handlung mitgewirkt zu haben, entweder (O.) geständig oder (Sch.) überwiesen sind, und zwar letzterer durch die Angaben des M., Sohn, namentlich aber der Eheleute O. (Act. 45, 103 u 104) und des B. (Act. 130), wie er denn auch in der Confrontation mit der Ehefrau O. (Act. 104, Antw. 6) nicht mehr in Abrede stellt, daß bei den Kaufsverhandlungen „so etwas geredet worden sei" und „daß er (Sch.) vielleicht gesagt haben könne, sie mögen es seinetwegen so machen, es gehe ihn nichts an"; —

10) daß sie (O. und Sch.) sich hiedurch der Theilnahme an dem Vergehen schuldig gemacht haben, zwar nicht als Urheber, indem nicht erwiesen ist, daß sie durch Anstiften oder eigenes Handeln die Hauptursache des Vergehens geworden seien (Strafgesetzbuch, §. 49), wie denn namentlich O. in dieser ganzen Angelegenheit offenbar mehr unter dem Einflusse der M. handelte, von ihnen zum Kaufe verleitet und nunmehr auch in Folge seines durch den Kauf herbeigeführten Concurses ein Opfer derselben geworden ist,

Digitized by Google

während hinsichtlich des Sch. die Angabe des M., Sohn, der Gedanke, einen falschen Kaufpreis anzugeben und eine erfolgte Abzahlung zu simuliren, um eher von Dritten Geld zu erhalten, sei ausschließlich von Sch. ausgegangen und auf seinen Antrieb in Vollzug gebracht worden, zu Annahme der Urheberschaft gegen Sch. um so weniger für genügend anzusehen ist, als der bei dieser Manipulation wesentlich betheiligte Vater M. nach dem Berichte des Notars (Act. 12) als ein „anstelliger und unternehmender, aber auch als ein Mann bekannt ist, dem man in der Gegend nachredet, daß er schlau, dreist und prozeßsüchtig sei" und er schon wegen Betruges von der Instanz entlassen worden ist (Act. 60), so daß ihm ganz wol zugetraut werden kann, selbst auf jenes Mittel, seinem Kaufschuldbriefe einen scheinbar größeren Werth zu verschaffen, verfallen zu sein, wol aber als Gehülfen, insoweit durch ihre Thätigkeit die Ausführung des Vergehens befördert wurde (Strafgesetzbuch, §. 53), da O. durch seine Einwilligung in die Vereinbarung und seine Zustimmung bei Errichtung des Kaufaufsatzes und der notarialischen Fertigung, den verbrecherischen Zweck wol kennend, zu der beabsichtigten Täuschung eines Dritten Hand bot und ein Gleiches auch, wenigstens mit Bezug auf sein Mitwirken bei dem Kaufabschlusse, von Sch. gilt, welcher offenbar die Förderung der ihm wol bekannten [vgl. auch die Angabe des B. (Act. 139): „ich hörte, daß Sch. sagte, es sei für 2700 fl. gehandelt worden, und wenn er nun anzeigen wollte, daß damals 300 fl. mehr in den Kaufschein aufgenommen worden seien, so kämen sie (die M.) alle beide in's Zuchthaus"] Absichten der beiden M. übernommen hatte, wie er denn überhaupt als ein Mensch erscheint, von dem sich ein solches rechtswidriges Benehmen leicht vorsehen läßt, zumal er schon zwei Mal wegen Diebstal, Unterschlagung und Betrug mit bedeutenden Strafen ist belegt worden; —

Digitized by Google

11) daß, wenn dann dem oben Angeführten gemäß auch nicht zu bezweifeln steht, daß Sch. im Einverständnisse mit den beiden M. auf ihr Heimwesen geboten habe, keineswegs in der ernstlichen Absicht, es für sich zu erwerben, sondern nur zum Zwecke, den O. zu höheren Angeboten zu veranlassen und den Kaufpreis heraufzutreiben, hierin zwar wol ein sittlich verwerflicher Kunstgriff, aber kein Vergehen und namentlich nicht, wie das Criminalgericht annimmt, ein Betrug liegt, indem ein Kauflustiger ein Recht, den wahren Grund einer ihm gemachten Concurrenz zu kennen, oder, in Ermangelung ernstlich gemeinter Concurrenz, wohlfeiler zu kaufen, nicht hat und daher auch in einer fictiven Concurrenz eine rechtswidrige Täuschung zum Nachtheile seiner Rechte nicht liegen kann; —

12) daß sodann gegenüber dem O. wegen Abänderung des Datums in einem Geldaufbruchscheine (Act. 42 und 94) auch noch ein weiteres Vergehen zur Sprache kommen könnte, hierauf indeß nicht weiter einzutreten ist, weil in dieser Beziehung eine Strafe von dem Criminalgerichte nicht ausgesprochen und von der Staatsanwaltschaft nicht appellirt worden ist; —

13) daß nun, die Strafzumessung anbetreffend,

gegen M., Vater und Sohn, die Bestimmungen des §. 45 des Strafgesetzbuches unter Rücksichtnahme auf die größere oder geringere Schwere des Vergehens, dessen entfernter Versuch vorliegt, —

gegen O. der §. 45 in Verbindung mit §. 56 a und wegen zweiten eigentlichen Rückfalles §. 73 b und 78 c, —

gegen Sch. in Verbindung mit §. 56 a und wegen dritten eigentlichen Rückfalles der §. 250, verbunden mit §. 219, —

zur Anwendung kommen; —

14) daß das Entschädigungsbegehren des F. auf einen von den Inquisiten gegen ihn verübten strafrechtlichen Betrug nicht mehr gegründet

Digitized by Google

werden kann, indem gemäß Erw. 5 nicht mehr als erwiesen anzusehen ist, daß er zur Uebernahme des Kaufschuldbriefes durch das betrügerische Vorgeben der beiden M. bewogen worden sei, daher nicht nur seine (des F.) Appellation nicht begründet, sondern diejenige der Inquisiten insofern gerechtfertigt ist, als er mit seiner allfälligen Entschädigungsforderung lediglich auf den Civilweg gewiesen werden muß:: —

hinsichtlich des Betrages des fraglichen Betruges durch Stimmenmehrheit (im Gegensatze eines Antrages, diesen Betrag auf 480 Fr. anzugeben), im Uebrigen mit Einmuth

gefunden:

Johannes und Rudolf M. seien des entfernten Versuches einfachen Betruges im Betrage über 100, aber unter 800 Fr. schuldig, —

O. und Sch. seien der Beihülfe bei diesem Vergehen schuldig, und hierauf

mit Einmuth erkannt:

1. Seien Johannes und Rudolf M. (jeder) zu einer Gefängnißstrafe von sechs Wochen und zu einer Buße von 50 Fr., Sch. und O. jeder zu einer Gefängnißstrafe von sechs Wochen verurtheilt; —

2. Seien die erstinstanzlich dem Damnificaten gesprochenen Entschädigungen aufgehoben und derselbe mit seinen dießfälligen Forderungen auf den Civilweg verwiesen; —

3. Sollen die erstinstanzlichen Prozeßkosten zu 1/3 von dem Johannes M., zu 1/3 von dem Rudolf M. (unter gegenseitiger solidarischer Haft), zu 1/6 von dem O. und zu 1/6 von dem Sch. getragen werden, in der Meinung, daß die beiden M. für die Antheile des Sch. und O. subsidiär zu haften haben; —

4. Seien für den heutigen Vorstand weder Gerichts- noch Kanzleigebühren zu verrechnen, im Uebrigen habe jeder Inquisit (unter solidarischer Haft für das Ganze) die ihn betreffenden Baarauslagen zu bezahlen. (Criminalpr. vom 14. Sept. 1848 i. S. Meier, Ott u. Schaufelberger.)

Digitized by Google

21. Auszug aus den Erwägungen eines Strafurtheils betreffend angebliche Erpressung.

A. droht dem S., er werde ihn (S.) wegen Ehebruches mit seiner (des A.) Ehefrau verzeigen; es finden nun zwischen dem A. und dem S. Unterhandlungen statt, in Folge welcher Letzterer ein Obligo von 400 fl. zu Gunsten des A. unterzeichnet; später betreibt A. den S., worauf dieser den A. wegen Erpressung verzeigt.

4) Daß es allerdings als Verbrechen, und zwar je nach dem Grade der Drohung als Erpressung oder als Nöthigung qualificirt werden müßte, wenn vorläge, daß A. den S. durch Drohungen, sei es nun mit einer strafrechtlichen Untersuchung oder mit einer Klage auf Ehescheidung, durch welche der letztere compromittirt worden wäre, zur Ausstellung der fraglichen Obligation genöthigt habe und dieß von Seite des Inquisiten im Bewußtsein geschehen wäre, daß von dem Damnificaten die Handlung, deren er denselben anschuldigte, gar nicht begangen worden sei; —

5) daß nun dieses Bewußtsein auf Seite des A., resp. der sämmtlichen Inquisiten in keiner Weise vorhanden war, und die Bestreitung des Damnificaten, fleischlichen Umgang mit der Ehefrau A. gepflogen, ja dieß auch nur versucht zu haben, sich, so wie seine ganze Darstellung des fraglichen Vorfalles nach dem Inhalte der Acten als gänzlich unwahr und lügenhaft darstellt, wenn man berücksichtigt:

(folgen die Indicien); —

6) daß daher auf das Läugnen des Damnificaten kein Gewicht gelegt werden kann und nun dafür, daß höchst wahrscheinlich ein vertrautes Verhältniß zwischen ihm und der Ehefrau A. stattgefunden habe, nicht nur seine theilweisen Zugaben, sondern namentlich auch der Umstand spricht, daß nach den Acten unzweifelhaft mehrere Briefe zwischen diesen beiden Personen gewechselt worden sind; —

7) daß, wenn hiemit in Verbindung gebracht wird, daß der Damni-

Digitized by Google

ficat einige Tage, nachdem er bei der Ehefrau A. ertappt worden war, in das Haus des A. hinging, um mit dem A. abzumachen, was zwar allerdings auf Zureden des G. hin geschah, zur höchsten Wahrscheinlichkeit erbracht ist, daß A. den S. des Umganges mit seiner Ehefrau bezichtet habe, nicht mit Unrecht und nur um ihm Etwas abzudrücken, sondern mit der bestimmten Ueberzeugung, daß dieß wirklich der Fall gewesen oder wenigstens beabsichtigt worden sei; —

9) daß, da nach dem Gesagten die zur Annahme eines Verbrechens erforderliche Voraussetzung, daß die von A dem Damnificaten zur Last gelegte Handlung nur eine vorgeschobene gewesen sei, in keiner Weise stattfindet, vielmehr, wie oben angeführt, mit der größten Wahrscheinlichkeit sich herausstellt, daß zwischen den Betreffenden ein unerlaubtes Verhältniß stattgefunden habe oder hätte stattfinden sollen, lediglich übrig bleibt, daß S. durch die Vorstellung des A., er werde auf Ehescheidung klagen, sich veranlaßt sah, demselben eine gewisse Summe Geldes zu versprechen, nun aber die Berechtigung zur Ehescheidungsklage Dem, dessen Ehefrau die Ehe gebrochen hat, unzweifelhaft zusteht, so daß darin, daß der beleidigte Ehemann dem Ehebrecher, welchem durch die Anhebung der Ehescheidungsklage bedeutende Unannehmlichkeiten erwachsen wären, anzeigen ließ, er werde diese Klage unter gewissen Bedingungen nicht erheben, die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, nicht gefunden werden kann, sobald dieß nicht mißbraucht wurde, um sich einen unverhältnißmäßigen Vortheil, resp. dem Damnificaten einen unverhältnißmäßigen Nachtheil zuzuwenden, unter den obwaltenden Umständen aber das Versprechen von 400 fl. als ein übertriebener Vortheil für den Inquisiten, resp. Nachtheil für den Damnificaten nicht angesehen werden kann, auf Seite des letztern um so weniger, als die Verpflichtung, welche er einging, sich nach Abzug der von G. übernommenen Summe,

Digitized by Google

sei es nun von diesem bona oder mala fide geschehen, nur noch auf 200 fl. erstreckt; —

10) daß, da S. die Untersuchung auf eine muthwillige Weise veranlaßt hat, es sich rechtfertigt, ihm einen Theil der Kosten aufzulegen, wogegen ein Theil derselben die Eheleute A. treffen muß, da diese durch ihre Lügen die Untersuchung in bedeutendem Maße in die Länge gezogen haben. (Criminalpr. vom 30. Sept. 1848 i. S. Alber u. Guggenbühl.)

---

22. Die Ehefrau A. vermacht ihrem Ehemanne durch Testament die lebenslängliche Nutznießung von ihrem Vermögen. Nach ihrem Tode lassen die Kinder das Vermögen in den Händen des Vaters, obgleich das Testament formell ungültig ist. Später geräth der Vater A. in den Concurs, und nun machen die Kinder das Privilegium des Muttergutes geltend, welches ihnen bestritten wird.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß Thl. X. §. 40 des Stadt- und Landrechtes nicht nur der Ehefrau im Concurse ihres Ehemannes ein Privilegium für ihr demselben zugebrachtes Weibergut ertheilt, sondern das gleiche Privilegium auch auf den Fall, daß die Ehefrau vor dem Concurse verstorben wäre, ihren Kindern „für ihr zu fordern habendes unversichertes Muttergut", und zwar ohne Unterschied, ob die Kinder schon volljährig seien, resp. sonst ein bestimmtes Alter erreicht haben oder nicht, gewährt, zumal die am Schlusse der citirten Gesetzesstelle erwähnte Beschränkung des Privilegiums auf Kinder unter 20 Jahren sich nicht auf das Privilegium für das Mutter-, sondern auf dasjenige für ihr (der Kinder) Spargut bezieht; —

2) daß dagegen nach dem Sinne und Geiste des Gesetzes und mit

Digitized by Google

Rücksicht darauf, daß constanter Uebung gemäß das Privilegium des Weibergutes nur sich bezieht auf das Vermögen der Ehefrau, welches dieselbe dem Manne überlassen mußte und woran diesem die Verwaltung und Nutznießung gebührte, nicht aber auch auf dasjenige, welches als Sonder- oder Spargut ihr zu eigener Verwaltung und Verfügung zustand und das sie daher, wenn sie daraus dem Ehemanne Anleihen machte oder es ihm sonst unter Beibehaltung seiner Eigenschaft als Sondergut und somit ohne es dem Eingebrachten gleichzustellen, überließ, ihm gleich einem Dritten freiwillig anvertraute, — auch das dem Privilegium des Weibergutes nachgebildete und an seine Stelle tretende Privilegium des Muttergutes nur hinsichtlich solchen mütterlichen Vermögens angenommen werden kann, welches in Folge einer rechtlichen Nothwendigkeit in den Händen des Vaters belassen werden mußte, wobei dann aber ein Grund zu fernerer Unterscheidung, ob eine solche Nothwendigkeit unmittelbar aus dem Gesetze hervorgehe (wie bei den dem Ehemanne ab intestato zustehenden Rechten an der Verlassenschaft seiner Frau), oder ob sie auf einem gültigen Testamente der letztern beruhe, nicht vorhanden ist, und auch der Umstand, ob es den Kindern vielleicht möglich gewesen wäre, unter Geltendmachung einer „scheinbaren Sorg und Gefahr" für das Nutznießungscapital den Vater zur Versicherung zu zwingen (Stadt- und Landerbrecht, Thl III. §. 7), nicht weiter in Betracht fällt, da ja nicht nur das Gesetz der Ehefrau das Privilegium für ihr Zugebrachtes unbedingt zugesteht, ungeachtet auch ihr wegen Unhäuslichkeit des Ehemannes die Befugniß, ihn zur Sicherstellung anzuhalten, zugestanden wird, sondern der oben citirte §. 40 selbst sowol mit Hinsicht auf das Weiber- als auf das Muttergut die Möglichkeit einer Versicherung gar nicht außer Acht gelassen, dessen ungeachtet aber unbedingt und ohne Unterscheidung, ob sie erzwingbar gewesen wäre oder nicht, das Privilegium gewährt hat,

Digitized by Google

verbis: „Eine Ehefrau, so um ihr zugebrachtes Gut keine Versicherung hat, soll darum“ u. s. w. und „desgleichen ... sollen dero hinterlassene Kinder um ihres zu fordern habende unversicherte Muttergut“ u. s. w.; —

3) daß, weil nun nach Stadt- und Landerbrecht, Thl. II. §. 1, Satz 3: „Stürbe aber das Eheweib vor dem Manne“ u. s. w. dem überlebenden Ehemanne, wenn, wie dieß im vorliegenden Falle eintritt, Kinder aus dieser Ehe vorhanden wären, der lebenslängliche Besitz und Genuß eines dritten Theiles des Weiber- oder Muttergutes, auch nachdem die Kinder sich verehelicht oder das 25. Altersjahr angetreten haben, verbleibt, den letztern gemäß der vorhergehenden Erwägungen das Privilegium für diesen dritten, im Besitze und Genusse ihres Vaters zurückgebliebenen Theil zustehen muß und sich nur noch fragen kann, ob das Gleiche auch hinsichtlich der beiden übrigen Drittheile mit Hinsicht auf den Inhalt des Testamentes der verstorbenen Ehefrau und Mutter, durch welches dem Ehemanne die Nutznießung an dem gesammten Weibergute legirt worden ist, anzunehmen sei; —

4) daß aber diese Frage zu verneinen ist, sobald das Testament ein gültiges und zu Recht beständiges nicht war, weil unter dieser Voraussetzung sich der Besitz dieser dem Ehemanne und Vater nicht schon von Gesetzes wegen zu verwalten und genießen zukommenden zwei Drittheile bei ihm (dem Vater) nicht in Folge einer rechtlichen Nothwendigkeit befand, sondern lediglich auf dem freien Willen und dem kindlichen Gefühle der Kinder beruhte, welches letztere zwar nur zu loben ist und alle Anerkennung verdient, indessen sie nun nicht berechtigen kann, das betreffende Gut anders als aus dem Gesichtspunkte eines dem Vater von ihnen anvertrauten zu betrachten, gerade wie wenn sie ihm sonst ohne Sicherheit unverzinsliche Darlehen gemacht hätten, — wie denn auch von selbst einleuchtet, daß, wenn ihnen das Privilegium zuerkannt

Digitized by Google

würde, sie die aus ihrem guten Willen für ihren Vater entstehende Gefahr des Verlustes ausschließlich oder doch wesentlich von sich ab- und auf die unversicherten Gläubiger des Vaters würden gewälzt haben; —

5) daß nun aber das Testament formell als gültig und daher als rechtsbeständig nicht angesehen werden kann, weil es im J. 1806, also vor dem jetzt geltenden Gesetze über die Form der Testamente vom 25. Juni 1839, nach dessen §. 9 gegenseitige Testamente der Ehegatten an eine besondere Form nicht gebunden sind, errichtet, bloß von Einem Zeugen unterzeichnet und nicht notarialisch gefertigt ist, folglich dabei die durch Stadt- und Landerrecht, Thl. I. §. 3, so wie die (für Nichtstadtbürger) durch die Landschreiberordnung vom 17. December 1804, Abschn. 3, §. 1 u. 2, vorgeschriebenen Solennitätsformen, die Zuziehung von zwei Zeugen und (bei Nichtstadtbürgern) die notarialische Fertigung, theils nicht vollständig, theils gar nicht beobachtet worden sind, und sich der Behauptung, daß auch schon vor dem Gesetze vom 1839 gegenseitige Testamente hinsichtlich der Form ganz frei und an die für andere Testamente geltenden Vorschriften nicht gebunden gewesen seien, auf keine Weise beitreten läßt, indem sie weder die Worte des Gesetzes, welche vielmehr, wie namentlich in den citirten §§. 1 u. 2, ganz unbedingt lauten („testamentliche Verordnungen ... und was dergleichen mehr vorkommt"; „testamentliche Verordnungen ... und andere ähnliche Aufsätze"), noch eine angebliche Uebung, wovon dießseitiger Stelle Nichts, wol aber das Gegentheil bekannt ist, für sich hat, — eine Ansicht, welche von dem Obergerichte auch in dem Urtheile vom 12. huj. in Sachen Freihofer c. Gentsch ist ausgesprochen worden:: —

durch Stimmenmehrheit (im Gegensatze eines Antrages auf Gutheißung des Privilegiums für die ganze Forderung)

gefunden:

Digitized by Google

Es sei die Berufung der ersten Appellanten (der Kläger) zum Theil begründet, diejenige der zweiten Appellanten (W. und J.) unbegründet, und hierauf

erkannt:

1. Sei die Forderung der Kläger im Betrage von 600 fl., hingegen ihre Ansprache auf das Privilegium des Muttergutes nur für den dritten Theil dieser Forderung gutgeheißen; —

2. Sollen die erstinstanzlichen Prozeßkosten zur Hälfte von W. und J., R., G., M., H. und L., zu einem Viertheil von G. u. Comp. und zu einem Viertheil von den Klägern getragen werden; —

3. Sollen die heutigen Prozeßkosten zu einem Viertheil von G., R., G., M., H. und L., zur Hälfte von W. und J. bezahlt werden; —

4. Sei die erstinstanzlich den G. u. Comp. gesprochene Entschädigung von 12 Fr. aufgehoben. (Civilprot. vom 30. Sept. 1848 i. S. Kinder Asper c. dessen Creditoren.)

---

23. Auszug aus den Erwägungen des obergerichtlichen Urtheils vom 2. October 1848 in Sachen des Salzdepartements, Beklagten und Appellanten, c. Herrn Ziegler, Kläger und Appellaten.

1) Daß aus den in dem obergerichtlichen Rückweisungsbeschlusse vom 8. November 1845 angeführten Gründen die Einsprache des Beklagten gegen die Ausführung der von dem Kläger beabsichtigten Baute sich nur dann rechtfertigt, wenn anzunehmen ist, daß das klägerische Baugespann theilweise auf dem Eigenthume des Beklagten stehe und demnach eine körperliche Einwirkung auf das letztere bei Herstellung der streitigen Baute stattfinden würde; —

2) daß der Beklagte zu Begründung seiner dießfälligen Einsprache sich darauf stützt, daß der Boden, auf welchem die ehemalige Siegellackfabrik des Klägers steht, und die Dachung dieses Gebäudes, auf der

Digitized by Google

das ſtreitige Bangeſpann ruht, ſein (des Beklagten) Eigenthum ſei; —

3) daß nun aber zunächſt mit Bezug auf den Grund und Boden, auf welchem ſich die Siegellackfabrik befindet, aus den in Erw. 5 des Rückweiſungsbeſchluſſes angeführten Gründen, auf welche hier einfach verwieſen wird, das Eigenthum des Klägers als vorhanden anzunehmen und demnach die Einſprache des Beklagten zu verwerfen iſt; —

4) daß mithin nur noch auf die weitere Frage einzutreten iſt, ob das Dach der ſeinen übrigen Beſtandtheilen nach unbeſtrittenermaßen dem Kläger gehörenden und nach Erw. 3 auch auf ſeinem Grund und Boden ſtehenden Siegellackfabrik Eigenthum des Beklagten ſei, und nun in dieſer Beziehung nach den hierin übereinſtimmenden Angaben aller zugezogenen Sachverſtändigen und der auf dem Augenſchein erhobenen gerichtlichen Localbeſchreibung allerdings feſtſteht, daß das über der Siegellackfabrik befindliche Dach mit der Dachung des anſtoßenden Salzmagazins ein Ganzes bilde, welches gleichzeitig hergeſtellt worden ſei und an welchem ſich auch keine äußern Merkmale einer getrennten Unterhaltung durch verſchiedene Eigenthümer zeigen; —

5) daß indeß dieſes allein aus den in Erw. 6 u. 7 des obergerichtlichen Rückweiſungsbeſchluſſes angeführten Gründen zu Herſtellung des dem Beklagten obliegenden Beweiſes, daß er Eigenthümer auch der über die Siegellackfabrik ſich hinziehenden Dachung ſei, nicht genügt, vielmehr dieſer Beweis erſt dann als zureichend erbracht angeſehen werden könnte, wenn zugleich noch dargethan wäre, daß das ganze Dach, alſo derjenige Theil desſelben, welcher das Gebäude des Klägers bedeckt, ausſchließlich im Intereſſe des Salzgebäudes errichtet worden ſei, ſomit die Verbindung beider Dachungen nicht etwa als Folge einer im Intereſſe beider Gebäude zwiſchen den Eigenthümern derſelben getroffenen ausdrücklichen oder

Digitized by Google

stillschweigenden Uebereinkunft erscheine, — wofür nach Erw. 10 des citirten Rückweisungsbeschlusses namentlich der Nachweis von Bedeutung sein könnte, daß auch der streitige Theil des ganzen Daches vom Staate ausschließlich gebaut und bis auf jetzt unterhalten worden sei, so wie daß das Gebäude des Klägers von einem Rechtsvorfahr desselben nach erhaltener Bewilligung des Staates unter ein schon vorhandenes, im Eigenthume des Letztern stehendes Dach errichtet worden sei; —

6) daß nun zwar wol aus der Construction des über beide Gebäude sich hinziehenden Daches sich schließen läßt, daß dasselbe als ein zusammenhängendes und ungetrenntes Ganzes nur von der einen Partei, nicht aber theilweise von Beiden gebaut worden sei, und zwar von dem Beklagten, über dessen Gebäude der weitaus größte Theil dieser Dachung reicht, — daß hingegen in allen übrigen in Erw. 5 erwähnten Beziehungen der dem Beklagten auferlegte Beweis nicht erbracht ist —

(folgen die Gründe, aus denen dieser Beweis nicht als erbracht betrachtet werden kann); —

7) daß nach dem bisher Angeführten keineswegs bewiesen ist, daß das ganze Dach, also auch der über das Gebäude des Klägers sich erstreckende Theil desselben, ausschließlich im Interesse des Salzgebäudes errichtet, noch weniger aber, daß das Gebäude des Klägers unter ein schon vorher vorhandenes, dem Beklagten angehörendes Dach mit Einwilligung des Letztern gestellt worden sei, vielmehr mit Wahrscheinlichkeit sich annehmen läßt, es sei bei Anlaß der Veränderung und Erhöhung des Salzhausdaches durch ein im beidseitigen Interesse getroffenes Einverständniß der Parteien statt den vorher bestandenen getrennten Dachungen beider Gebäude ein einziges zusammenhängendes Dach hergestellt worden, — hievon ausgegangen aber die Einsprache des Beklagten gegen die von dem Kläger beabsichtigte Baute als unstatthaft verworfen werden muß.

Digitized by Google

24. Das Obergericht hat,

da ſich ergeben:

A. Im Concurſe des F. habe Recurrent (G.) als Inhaber eines Schuldbriefes von 600 fl., urſprünglich zu Gunſten des B. und dat. 16. September v. J., den Zug der Unterpfande dieſes Briefes erklärt; —

B. Die Notariatskanzlei N. habe, da Recurrent als Jude keine Liegenſchaften im hieſigen Cantone erwerben könne, bei dem Bezirksgerichte Z. darauf angetragen, daß zwar die Zugszufertigung bewilligt, dem Recurrenten aber Friſt angeſetzt werde, um die Zugsobjecte weiter zu veräußern; —

C. Das Bezirksgericht habe indeß, weil gemäß § 2 der Rathsverordnung vom 27. Juli 1809 betreffend den Verkehr der Juden Recurrent den Schuldbrief nicht auf gültige Weiſe habe erwerben können, ein gültiges Pfandrecht daher für ihn nicht beſtehe und er ſomit auch keine Rechte auf die Unterpfande des fraglichen Briefes habe, — durch Beſchluß vom 24. Auguſt d. J. die Notariatskanzlei angewieſen, den Zug dem Recurrenten nicht zuzufertigen und den Betheiligten eine neue Friſt von 10 Tagen zu Abgabe von Zugs- reſp. Ueberſchlagserklärungen anzuſetzen; —

D. Ueber dieſen Beſchluß beſchwere ſich nun G., weil der citirte Rathsbeſchluß, abgeſehen davon, daß er nicht von der geſetzgebenden Behörde erlaſſen worden und daher nicht Geſetzeskraft habe, nicht dahin zu verſtehen ſei, daß ein Jude nie gültig in den Beſitz von Schuldbriefen kommen könne, ſondern ſich nur auf den Ankauf und das Annehmen als Fauſtpfand beziehe; der fragliche Schuldbrief ſei dem Recurrenten in Folge „eines Geſchäftes“ abgetreten worden; — eventuell ſei, wenn auch die Ceſſion nicht gültig habe geſchehen können, die Beſtimmung des recurrirten Beſchluſſes, daß das Pfandrecht erloſchen ſei, zu weitgehend, man hätte nur die Forderung im Ausfalle zurückweiſen können, was dann die Folge gehabt hätte, daß G. den Schuldbrief dem B. zurückgeſtellt und dieſer in eigenem Intereſſe die erforderlichen Schritte im

Digitized by Google

Auffalle gethan hätte; dieſes könne B., wenn das Zugsverfahren ungültig ſein ſollte, jetzt noch thun, denn die Forderung habe als eine grundverſicherte von dem Notar von Amts wegen in das Auffallsinventar aufgenommen werden müſſen; — eventuell wenn auch das Pfandrecht untergegangen ſein ſollte, könne Recurrent verlangen, daß ihm als laufendem Gläubiger der Zug ohne Weiteres zugefertigt werde, zumal kein anderer Gläubiger denſelben thun zu wollen erklärt habe; —

E. Das Bezirksgericht X. erkläre, daß es ſich zu einem Berichte nicht veranlaßt ſehe; —

F. Unter dem 16. September habe die Juſtiz-Commiſſion die Vollziehung des recurrirten Beſchluſſes proviſoriſch ſiſtirt:: —

in Erwägung:

1) Daß, da der in die offic. Geſetzesſammlung (Bd. IV. S. 157 der ältern Sammlung) aufgenommene Kleinrathsbeſchluß vom 27. Juli 1809 §. 2 den Juden ausdrücklich den Erwerb von Schuldinſtrumenten mit liegenden Unterpfanden durch Kauf oder zu Fauſtpfand verbietet und im Zuwiderhandlungsfalle den Gerichten ihnen dafür Recht zu halten unterſagt, die Anſicht des Recurrenten aber, es könne dieſer Beſchluß nicht zum Vollzuge kommen, weil eine derartige Beſtimmung zu treffen bloß der geſetzgebenden Behörde zugeſtanden hätte, ſchon dadurch beſeitigt wird, daß ein wirkliches Geſetz (§. 13 des Geſetzes über das Gewerbsweſen vom 9. Mai 1832, Neue offic. Geſetzesſamml., Bd. II. S. 29 ff.) alle bisherigen Verordnungen als bis zu dem (noch nicht erfolgten) Erlaſſe eines beſondern Geſetzes über den Verkehr der Juden in Kraft bleibend erklärt, — die recurrirte Verfügung des Bezirksgerichtes, inſoweit ſie dem Recurrenten die Zufertigung eines Zuges, den er (ein Jude) mit einem zugegebenermaßen „in Folge eines Geſchäftes“ erworbenen Schuldbriefe (notarialiſchen Inſtrumente für ein grundverſichertes Darlehen) thun will oder gethan hat, unterſagt und durch Anordnung neuer Friſt zur Zugs- oder Ueberſchlagserklärung für

Digitized by Google

alle im Concurse Betheiligten den von ihm (dem Recurrenten) in seiner Eigenschaft als grundversicherter Gläubiger erklärten Zug als unzulässig bezeichnet, der Bestimmung jenes Rathsbeschlusses völlig entspricht; —

2) daß, wenn dann Recurrent glaubt, es hätte ihm, gesetzt auch, er könnte mit der fraglichen Forderung als einer grundversicherten nicht ziehen, doch der Zug mit der gleichen Forderung in ihrer Eigenschaft als unversicherte belassen werden sollen, dieß schon darum unrichtig ist, weil er sich bis jetzt nicht als unversicherter Gläubiger zur Ueberschlagung, sondern als grundversicherter zum Zuge erklärt hat, und daher völlig dahin steht, ob, wenn die übrigen nicht versicherten Gläubiger erfahren, daß diese versicherte Forderung wegfalle, sich nicht noch andere, sei es privilegirte, sei es laufende Creditoren zur Ueberschlagung melden und ob daher die Ueberschlagung überhaupt an ihn oder doch an ihn allein kommen werde; —

3) daß sodann auch die Frage, ob durch eine Rückcession des Schuldbriefes an den Cedenten dieser letztere mit dem Instrumente noch zu ziehen berechtigt oder ob Recurrent als laufender Gläubiger zu überschlagen befugt sei, gegenwärtig gar nicht einzutreten, vielmehr Jedem zu überlassen ist, seine beliebigen Erklärungen abzugeben und seine Begehren zu stellen, in Gewärtigung, ob und welche Einsprachen seinerzeit dagegen werden erhoben werden:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet und die provisorisch von der Justiz-Commission angeordnete Sistirung der Vollziehung des recurrirten Beschlusses aufgehoben; —

2. Trage Recurrent die Kosten. (Justizprot. vom 7. Oct. 1848, Nr. 2.)

Digitized by Google

X.

Inwiefern kann ein Leibdingsnehmer beim Concurse des Leibdingsgebers die Umwandlung des Leibdings in Geldleistungen verlangen?

Das Bezirksgericht Regensberg
hat

am 23. August 1848 in Sachen des Hrn. Bezirksgerichtsschreiber Meili in Hinweil, Namens seiner Schwiegermutter Frau Wittwe Anna Angst, geb. Hauenstein, von Regensberg, Klägerin, gegen Hrn. Fürsprech Dr. Schauberg, Namens des Heinrich Hirs von Dielsdorf und Streitgenossen, ferner Hrn. Procurator Bucher, Namens der Herren Bezirksrathsschreiber Duttweiler, Gemeinderathspräsident Haupt und Josua Haupt, dahier, endlich Hrn. Procurator Spyri, Namens des Herrn Felix Kunz, Müller in Niedersteinmaur, Hs. Heinrich Kunz, Felixen, und Hartmann Haupt, altBoten dahier, sämmtlich Creditoren des fallirten Hartmann Angst von Regensberg, Beklagte, betreffend Leibding, resp. Vindication, über die Rechtsfragen: „1) Ob das Begehren der Klägerin, daß ihr anstatt der Naturalleistung des gemäß Vertrages vom 29. Juni 1847 ihr zustehenden Leibdings eine Capitalsumme von 2000 fl. gutgeheißen werde, so wie das dafür angesprochene Pfandrecht begründet sei? 2) Ob die Gläubiger des Hartmann Angst verpflichtet seien, auch noch alle übrigen, gemäß dem angeführten Vertrage von diesem eingegangenen Verbindlichkeiten zu erfüllen, insbesondere der Tochter der Klägerin, Frau Gerichtsschreiber Meili, eine Auskaufssumme von 450 fl. zu bezahlen? 3) Ob die Klägerin berechtigt sei, allfällige Schulden, welche der Cridar durch den oben erwähnten Vertrag auf sich genommen hat, für die nun aber

Digitized by Google

sie, als frühere Schuldnerin, belangt werden sollte, noch in dem gegenwärtigen Concurse des Cridars geltend zu machen? 4) Ob die Vindication der Fact. H bezeichneten Gegenstände von Seite der Klägerin begründet sei?"

da sich ergeben:

A. Die Klägerin habe durch einen vom 20. Juni v. J. datirten, am 14. Juli gl. J. von dem hiesigen Bezirksgerichte ratificirten und am 3. Februar d. J. notarialisch gefertigten Leibdingsvertrag ihrem Sohne, dem gegenwärtigen Cridaren, „alle ihre Fahrhabe, Liegenschaften und Activforderungen, Alles in dem Zustande und in dem Maße, wie sie es zur Stunde besitzt, um die darauf haftenden versicherten und laufenden Passiven und übrigen Beschwerden jeder Art" abgetreten; — dabei habe der Cridar sich ferner verpflichtet:

1) seiner Schwester, Frau Gerichtsschreiber Meili in Hinweil, eine Auskaufssumme von 450 fl. zu bezahlen nach Inhalt des von Herrn Meili und dem Cridaren unter dem 27. Februar 1847 abgeschlossenen Vertrages, —
2) seine Mutter lebenslänglich unklagbar zu unterhalten, zu beherbergen, überhaupt alle ihre Bedürfnisse zu bestreiten, ohne irgend welche Belästigung der Frau Meili; —

für das Leibding sei die Klägerin auf die Liegenschaften des Cridars notarialisch versichert worden; —

B. Zur Begründung der ersten Rechtsfrage werde von der Klägerin vorgebracht: Der Leibdingsvertrag sei ein höchst persönlicher und individueller Vertrag, der weder activ noch passiv übertragen werden könne, es könne daher der Leibdingsnehmerin nicht zugemuthet werden, zu jedem Dritten, der als Züger Eigenthümer der für das Leibding versicherten Liegenschaften werde, in dasjenige Verhältniß einzutreten, in welchem sie zu dem Leibdingsgeber gestanden sei, vielmehr müsse derselben das Recht zugestanden werden, den Capitalbetrag des Leibdings zu fordern, und zwar nicht bloß für den nothwendigen, sondern für den standesge-

Digitized by Google

mäßen Unterhalt; für das Quantitativ des Capitalansatzes rufe Klägerin in erster Linie das richterliche Ermessen an, eventuell Expertise; —

C. Die Beklagten anerkennen das Pfandrecht für das Leibding der Klägerin, behaupten aber, sie seien nicht schuldig, der Letztern eine Geldsumme für ihr Leibding gutzumachen, indem dem Züger keine andere Last überbunden werden könne, als diejenige, welche auf den Liegenschaften versichert sei; das Leibding sei keineswegs so persönlicher Natur, daß nicht Jeder dasselbe leisten könne; — eventuell werde das Quantitativ des Capitalansatzes bestritten; —

D. Die zweite Rechtsfrage suche Klägerin damit zu begründen, daß, wenn die Beklagten für sich Rechte aus jenem Vertrage herleiten wollen, sie auch alle die von dem Cridaren übernommenen Pflichten zu erfüllen haben; — insbesondere verlange sie:

1) daß ihrer Tochter, Frau Meili, die versprochene Auskaufssumme von 450 fl. geleistet, resp. sie, da sie dafür hafte, davon liberirt werde, und

2) daß sie von ihrer Haft als Schuldnerin für die ihrem Sohne überbundenen Passiven befreit werde; —

E. Diesem Rechtsbegehren widersetzen sich die Beklagten, indem die Creditoren eines Falliten nicht dessen Universalsuccessoren seien und daher auch keine derartigen Pflichten des Letztern zu erfüllen haben; —

F. Zur Unterstützung der dritten Rechtsfrage werde einfach bemerkt, daß der Klägerin, wenn sie Schulden, die sie durch den Vertrag ihrem Sohne überbunden habe, selbst noch bezahlen müßte, weil sie nicht von ihrer Schuldpflicht liberirt worden sei, doch das Recht nicht benommen werden könne, derartige Forderungen, welche noch vor der Erledigung des gegenwärtigen Concurses für sie entstehen sollten, in dem Letztern geltend zu machen; —

G. Die Beklagten bestreiten, daß die Klägerin, wenn es sich einmal um den Zug, resp. die Vertheilung der Masse, handle, noch mit einer Forderung auftreten könne, die sie im Concurse gar nicht geltend

Digitized by Google

gemacht habe, indem ja eine bestimmte Forderung von ihr gar nicht gestellt worden sei; —

H. Klägerin vindicire im Concurse ihres Sohnes noch folgende Gegenstände, als

a) ein zweischläfiges complettes Bett sammt Bettstatt und Anzügen,

b) einen nußbaumenen zweithürigen Kasten,

c) ihren weiblichen Schmuck,

d) ihre sämmtlichen Kleidungsstücke; —

Zur Begründung ihrer dießfälligen Ansprache berufe sich die Klägerin auf den in dem Leibdingsvertrage (Fact. A 1) angerufenen Vertrag zwischen Hrn. Meili und dem Cridaren vom 27. Februar 1847, welcher in lit. c folgende Bestimmung enthalte: „Nach dem Tode der Frau Angst, geb. Hauenstein, gehören deren Kleider, weiblicher Schmuck und ihr Kasten ausschließlich der Frau Meili ohne Entschädigung des Sohnes Hartmann Angst"; — daraus folge, daß diese Gegenstände dem Cridar nicht übertragen worden seien; freilich sei des Bettes nicht gedacht, allein es verstehe sich wol von selbst, daß ein Leibdingsnehmer das Bett, das er für sich nothwendig brauche, nicht abtrete; —

J. Die Beklagten widersetzen sich dieser Vindication, indem die Klägerin vermöge des Leibdingsvertrages ihr gesammtes Vermögen ohne irgend welchen Vorbehalt an ihren Sohn abgetreten habe und folglich kein Eigenthum mehr besitzen könne; der angerufene Vertrag zwischen Hrn. Meili und dem Cridar sei kein Bestandtheil des Leibdingsvertrages und könne demnach hier auch nicht in Betracht kommen:: —

in Erwägung:

1) Daß der Leibdingsvertrag seiner Natur nach ein höchst persönlicher Vertrag ist, indem die Eingehung desselben wesentlich, wie kein anderer Vertrag, durch die Rücksicht auf die Persönlichkeit der Contrahenten und ihre besondern Verhältnisse, insbesondere meistentheils, wie gerade in dem vorliegenden Falle, durch gegenseitige Familienbande bedingt wird, weßhalb denn auch in einem

Digitized by Google

Falle der vorliegenden Art, wo das Leibding nicht ausschließlich in bestimmt festgesetzten Naturalleistungen besteht, sondern als Gegenstand desselben die Pflicht zum Unterhalt, zur Verpflegung, Arzuung u. s. w. des Leibdingsnehmers bezeichnet ist, dem Letztern nicht zugemuthet werden kann, gegen seinen Willen sich einem Dritten anzuvertrauen, und folglich berechtigt ist, anstatt des Leibdings eine dem Werthe der dießfälligen Berechtigung entsprechende Geldsumme zu fordern, um entweder für sich selbst wieder ein eigenes Hauswesen fortzusetzen oder sich von Neuem anderswo zu verleibdingen; —

2) daß nun die objective Unbestimmtheit der in Frage stehenden Bestimmungen subjectiv näher begränzt wird auf der einen Seite durch die Persönlichkeit der Klägerin als Leibdingsnehmerin und auf der andern Seite durch die Verhältnisse des Leibdingsgebers, des jetzigen Cridars, und seine Weise zu leben, und daß in dieser Hinsicht in Betracht zu ziehen ist,

a) daß die Klägerin nach dem vorliegenden pfarramtlichen Attestate am 26. Januar 1800 geboren, also gegenwärtig erst 48 Jahre alt ist, in Verbindung

b) mit dem Umstande, daß dieselbe bisher stets eine gute Gesundheit genossen hat und folglich nach menschlichen Berechnungen noch eine bedeutende Reihe von Jahren am Leben bleiben kann, endlich

c) daß die Familie des Cridars stets zu den bablichern auf der Landschaft gehört und auf eine diesem Verhältnisse entsprechende Weise gelebt, auch der vor einigen Jahren eingetretene Concurs des nunmehr verstorbenen Vaters des Cridars in dieser Hinsicht Nichts geändert hat, da einerseits, wie sich aus den dießseitigen Protokollen und Acten ergibt, die jetzige Klägerin in jenem Concurse ein Vermögen von 5700 fl. geltend gemacht und ihr solches nach anfänglicher Protestation von

Digitized by Google

den Gläubigern ihres Mannes anerkannt worden ist, anderseits die Familie einen ordentlichen Gütergewerb und eine für die hiesige Gegend ziemlich stark besuchte Wirthschaft besessen, überdieß der jetzige Cridar einen nicht uneinträglichen Beruf, nämlich die Metzgerei, betrieben hat; —

3) daß nun zwar allerdings, wenn auch alle diese Verhältnisse gehörig erwogen und ins Auge gefaßt werden, die Aussprache der Klägerin von 2000 fl. als Ersatz für das ihr zugesicherte Leibding zu hoch gefaßt ist, vielmehr eine Reduction derselben auf 1500 fl. als angemessen erscheint, indem diese Summe mit Inbegriff der jährlichen Zinse zum Unterhalt, zur Verpflegung und Arznung im Falle von Krankheit und im dereinstigen Alter für die muthmaßliche Lebensdauer eines gesunden, nicht an besondere Bedürfnisse gewöhnten, arbeitsfähigen Menschen von seinem 48. Altersjahre an vollkommen genügt; —

4) daß sodann das Pfandrecht der Klägerin auf den Liegenschaften des Cridars für das in Capital verwandelte Leibding nach Fact. C von den Beklagten nicht bestritten worden ist; —

5) daß hingegen die Fact. D und F enthaltenen Rechtsbegehren der Klägerin (Rechtsfrage 2 u. 3) nicht begründet sind, indem

ad Fact. D die Creditoren eines Falliten bekanntlich nicht Universalsuccessoren desselben sind, somit Verbindlichkeiten, welche dieser zu erfüllen gehabt hätte, in der Regel und ohne einen besondern Rechtsgrund nicht auf sie übergehen, nun aber in der That nicht eingesehen werden kann, mit welchem Rechte die Gläubiger des Cridars gehalten sein sollten, für die diesem obgelegene Liberation der Klägerin von ihrer Haft gegenüber ihren früheren Creditoren zu sorgen, vollends aber unbegreiflich ist, wie man denselben zumuthen wollte, die von dem Cridar seiner Schwester, der Frau Meili, versprochene und nicht etwa mit einem Pfandrechte versehene Auskaufssumme

Digitized by Google

zu bezahlen oder, wie in der Klage gesagt wird, die Klägerin davon zu liberiren, zumal gar nicht eingesehen werden kann, wie diese überhaupt dafür haften sollte; —

ad Fact. F es sich wol von selbst versteht, daß, wenn die Klägerin Schulden, welche in dem gegenwärtigen Concurse des Cridars angemeldet worden sind, vor erfolgter Theilung der Concursmasse bezahlen sollte, sie in die durch die betreffenden Creditoren erworbenen Rechte an deren Stelle eintreten und sich dieselben einfach von ihnen übertragen zu lassen hätte, was wol keinerlei Schwierigkeiten unterliegen dürfte, während dagegen für anderweitige, in dem gegenwärtigen Concurse nicht angemeldete Forderungen der Klägerin ein Recht zur Theilnahme an dem vorhandenen Massagute nicht zustehen kann; —

6) daß, was endlich die Fact. H angeführte Vindication der Klägerin anbetrifft, es sich, da die Existenz der vindicirten Gegenstände nicht bestritten ist, vor Allem aus fragt, ob auch diese in Folge des Fact. A bezeichneten Vertrages in das Eigenthum des Cridars übergegangen seien, da wenn, resp. insoweit diese Frage bejaht werden muß, von einer Vindication der Klägerin keine Rede mehr sein kann, während dagegen, wenn der Cridar dieselben nicht erworben hat, auch dessen Creditoren keinen Anspruch darauf haben können; —

7) daß nun aber das Letztere mit Hinsicht auf die Fact. H lit. b, c und d bezeichneten Gegenstände wirklich der Fall ist, zumal sich aus lit. c des von dem Cridaren mit seinem Schwager, Herrn Meili, kurze Zeit vor Errichtung des Leibdingsvertrages abgeschlossenen und in diesem freilich nicht gerade wegen des jetzt in Frage stehenden speciellen Punktes angerufenen Vertrages vom 27. Februar v. J. (Fact. H) ergibt, daß diese Gegenstände jedenfalls von dem Cridar nicht als solche betrachtet worden sind, und wol, soweit es die lit. c und d angeführten betrifft, vernünftiger

Digitized by Google

Weise auch nicht betrachtet werden konnten, die durch den Leibdingsvertrag in sein Eigenthum übergehen, während dagegen dieses mit Hinsicht auf das sub Lit. a angeführte Bett darum nicht gesagt werden kann, weil weder jener Specialvertrag noch der Leibdingsvertrag selbst in dieser Beziehung etwas enthält, noch sonst ein derartiger Vorbehalt, auch ohne ausdrückliche Bestimmung, als in der Natur der Sache liegend betrachtet werden könnte:: —

sowol hinsichtlich Erw. 1 als auch bezüglich des Betrages der in Disp. 1 festgesetzten Entschädigung durch Stimmenmehrheit, im Gegensatze eines Antrages, letztere nur auf 1200 fl. zu bestimmen, im Uebrigen mit Einmuth

erkannt:

1. Habe ein allfälliger Ueberschläger im Augst'schen Concurse die Klägerin für das ihr zustehende Leibding mit 1500 fl. zu entschädigen und stehe derselben bis nach geschehener Tilgung dieser Summe ein Pfandrecht auf den Liegenschaften des Cridars zu; —

2. Seien dagegen die in der zweiten und dritten Rechtsfrage enthaltenen Rechtsbegehren der Klägerin, letzteres im Sinne von Erw. 5 ad Fact. F, abgewiesen; —

3. Sei die Vindication derselben bezüglich ihres nußbaumenen zweithürigen Kastens, ihres weiblichen Schmuckes und ihrer sämmtlichen Kleidungsstücke gutgeheißen, diejenige betreffend das zweischläfige Bett sammt Bettstatt und Anzügen dagegen verworfen; —

4. Seien die Kosten zu 1/4 von der Klägerin und zu 3/4 von den Beklagten zu bezahlen; —

5. Sei dieses Urtheil der Notariatskanzlei dahier und den Parteien, diesen gegen Empfangschein, mitzutheilen.

In Folge der von den Beklagten gegen das bezirksgerichtliche Urtheil ergriffenen Appellation hat sodann das Obergericht am 7. September 1848,

Digitized by Google

in Erwägung:

1) Daß, wie die erste Instanz mit vollem Rechte angenommen hat, der Leibdingsvertrag namentlich da, wo, wie im vorliegenden Falle, nicht bestimmte, in Art und Quantitativ genau festgesetzte jährliche Naturalleistungen, sondern bloß im Allgemeinen der lebenslängliche unklagbare Unterhalt, die Beherbergung und Verpflegung des Leibdingsnehmers dem Leibdingsgeber obliegen, auf Seite beider Contrahenten als ein äußerst persönlicher sich darstellt, bei dessen Abschluß unzweifelhaft einerseits der Leibdingsgeber sich bloß die Person des Leibdingsnehmers und keine andere als diejenige dachte, an welche er zu leisten habe, anderseits aber auch der Leibdingsnehmer sein Vermögen bloß unter der Voraussetzung abtrat, daß er den ihm zu gebenden Unterhalt, Kleidung, so wie die nöthige Pflege in gesunden und kranken Tagen als Glied der Haushaltung des Leibdingsgebers von diesem und in der Art, wie es dessen Verhältnisse mit sich bringen, empfange: — woraus folgt, daß, so wenig der Leibdingsgeber sich gefallen lassen müßte, daß der Leibdingsnehmer seine Berechtigung auf einen Dritten übertrage und dadurch den Erstern nöthige, eine andere Person statt des Leibdingsnehmers in seine Haushaltung aufzunehmen und an diese zu leisten, eben so wenig der Leibdingsnehmer gezwungen werden kann, eine andere Person als seinen Mitcontrahenten als Leibdingsgeber anzunehmen, in dessen Haushaltung zu treten und mit diesem das Vertragsverhältniß fortzusetzen; —

2) daß nun aber darüber kein Streit herrscht, daß in Folge des eingetretenen Concurses es dem Leibdingsgeber selbst unmöglich geworden sei, die gegenüber der Klägerin als Leibdingsnehmerin vertragsgemäß übernommenen Verpflichtungen weiter zu erfüllen, unter diesen Umständen aber die Klägerin berechtigt ist, zu verlangen, daß ihr der Schaden ersetzt werde, welcher aus der Nichterfüllung des Vertrages für sie entsteht, und zwar in der Art,

Digitized by Google

daß ein ihrer Leibdingsversicherung nachgehender Gläubiger, sofern er den Zug thut, die dießfällige Ersatzsumme auf den Liegenschaften, auf denen sie versichert sind, als grundversicherte Schuld übernehme; —

3) daß zwar allerdings hätte in Frage kommen können, ob das klägerische Rechtsbegehren, soweit es darauf gerichtet ist, daß das fragliche Leibding unter Berücksichtigung theils der jährlichen Leistung, theils der muthmaßlichen Lebensdauer der Klägerin capitalisirt werde, sich im Allgemeinen rechtfertige, oder ob nicht vielmehr, wie der Anwalt der Beklagten heute eventuell begehrt hat, nur die jährliche Prästation in Geld anzuschlagen gewesen wäre, in der Meinung, daß der Züger und allfällige Rechtsnachfolger desselben den Betrag jährlich an die Klägerin, so lange sie lebt, zu bezahlen haben; daß indessen auf die dießfällige, vor der Appellationsinstanz aufgestellte Einwendung der Beklagten gegenwärtig darum nicht mehr eingetreten werden kann, weil dieselbe vor erster Instanz nicht vorgebracht worden ist, sondern die Beklagten sich darauf beschränkt haben, zunächst die Berechtigung der Klägerin, etwas Anderes als die ihr vertragsmäßig zugesicherten Naturalleistungen zu fordern, eventuell aber die Größe des geforderten Capitals zu bestreiten; —

4) daß indeß auch in dieser letzterem Beziehung das erstinstanzliche Urtheil als gerechtfertigt erscheint, wenn man neben den in dem bezirksgerichtlichen Urtheile angeführten, auf die bisherige Lebensweise der Augst'schen Haushaltung bezüglichen Verhältnissen ferner noch berücksichtigt, daß die Klägerin erst 48 Jahre alt ist und bisher eine gute Gesundheit genossen hat, mithin ohne das Eintreten besonderer Zufälle ihr Leben noch eine lange Reihe von Jahren dauern kann; —

5) daß auch mit Bezug auf den Zinsfuß und die Unaufkündbarkeit des Capitals die Berufung der Beklagten darum nicht gutgeheißen

Digitized by Google

werden kann, weil kein hinreichender Grund vorhanden ist, hinsichtlich des Zinsfußes von der gesetzlichen Vorschrift abzugehen, und mit Bezug auf die Kündung des Capitals nicht einzusehen ist, warum der Klägerin nicht das nämliche Recht zustehen soll, welches laut §. 63, Thl. X. S. 166 des Stadt- und Landrechtes dem Creditor zusteht, welcher dem Züger unmittelbar vorhergeht; —

6) daß hingegen mit Bezug auf die Vertheilung der erstinstanzlichen Prozeßkosten die Berufung der Beklagten sich darum rechtfertigt, weil die Klägerin vor erster Instanz nicht nur darin unterlegen ist, daß das Bezirksgericht mit Bezug auf die erste Rechtsfrage ihre Forderung um einen Viertheil reducirte und die Vindication, auf welche die vierte Rechtsfrage sich bezieht, nur theilweise guthieß, sondern mit Bezug auf die zweite und dritte Rechtsfrage Abweisung der Klage stattgefunden hat, somit allerdings gleichmäßige Vertheilung der erstinstanzlichen Prozeßkosten hätte eintreten sollen; daß indessen dieser Punkt zu unbedeutend ist, um auf die Bestimmung über die zweitinstanzlichen Prozeßkosten irgendwie einwirken zu können, wol aber es sich rechtfertigt, wenn der Klägerin für den heutigen Vorstand keine Entschädigung gesprochen wird:: —

theils durch Stimmenmehrheit (gegenüber einem Antrage auf Rückweisung und gegenüber einem Antrage auf Herabsetzung der Capitalsumme) theils durch Präsidialentscheid (gegenüber einem Antrage auf Festsetzung einer jährlichen Geldprästation), im Uebrigen mit Einmuth

gefunden:

Es sei die Berufung der Beklagten in der Hauptsache unbegründet, und hierauf

erkannt:

1. Habe ein allfälliger Ueberschüßer im Angst'schen Concurse die Klägerin für das ihr zustehende Leibding mit 1500 fl. zu entschädigen und stehe derselben bis nach geschehener Tilgung dieser Summe ein Pfandrecht auf den Liegenschaften des Cridars zu; —

Digitized by Google

2. Seien dagegen die in der zweiten und dritten Rechtsfrage enthaltenen Rechtsbegehren der Klägerin im Sinne der bezirksgerichtlichen Erwägungen abgewiesen; —

3. Sei die Vindication derselben bezüglich ihres nußbaumenen zweithürigen Kastens, ihres weiblichen Schmuckes und ihrer sämmtlichen Kleider gutgeheißen, betreffend das zweischläfige Bett sammt Bettstatt und Anzügen hingegen verworfen; —

4. Sollen die erstinstanzlichen Prozeßkosten von beiden Parteien zu gleichen Theilen getragen werden; —

5. Haben die Beklagten die zweitinstanzlichen Kosten, hingegen für den heutigen Vorstand keine Entschädigung an die Klägerin zu bezahlen.

XI.

Ueber die Servitut des Wohnsitzes.

Das Bezirksgericht Regensberg
hat

am 23. August 1848 in Sachen des Hrn. Bezirksgerichtsschreiber Meili in Hinweil, Namens seiner Großschwiegermutter, Wittwe Barbara Angst, geb. Bontobel von Regensberg, Klägerin, gegen Hrn. Dr. Schauberg, Namens des Heinrich Hirs in Dielstorf und Streitgenossen, ferner des Hrn. Proc. Bucher, Namens der Herren Schuldenschreiber Angst, Bezirksrathsschreiber Duttweiler, Gemeinderathspräsident Haupt und Josua Haupt von Regensberg, endlich Hrn. Proc. Spyri, Namens des Hrn. Felix Kunz Felixen und Hartmann Haupt, altBoten von Regensberg, sämmtlich Creditoren des falliten Hartmann Angst von Regensberg, Beklagte, betreffend

Digitized by Google

Servitut, über die Rechtsfrage: „Ob das Begehren der Klägerin, daß ihr anstatt des lebenslänglichen Wohnsitzes in dem Hause des Cridars eine Capitalsumme von 200 fl. gutgeheißen werde, so wie das dafür angesprochene Vorrecht auf das bezeichnete Haus begründet sei?“

da sich ergeben:

A. Die Klägerin sei die Großmutter des Cridars, die sich seiner Zeit bei Abtretung ihres Vermögens an ihren Sohn, den nunmehr verstorbenen Vater des Cridars, das lebenslängliche Wohnungsrecht im Hause des Letztern vorbehalten habe, an dessen Statt sie nunmehr die in der Rechtsfrage bezeichnete Capitalsumme fordere, indem ihr Wohnungsrecht ein höchst persönliches sei, das in der Meinung errichtet worden, damit sie bis an ihr Lebensende bei ihren Kindern und Kindeskindern verbleiben könne, weßhalb sie sich um so weniger gefallen lassen müsse, dasselbe neben einem Fremden auszuüben, als sie sich gegenwärtig in einem Alter von 84 Jahren befinde; die Umwandlung dieses Rechtes in eine Geldleistung könne sie um so eher fordern, als ihr nicht etwa gewisse Räumlichkeiten zustehen, sondern die Leistungen objectiv und subjectiv durch die einander gegenüberstehenden Persönlichkeiten bedingt seien; —

B. Von den Beklagten werde nicht bestritten, daß der Klägerin das bezeichnete Winkelrecht zustehe, wol aber, daß sie die Umwandlung desselben in eine Geldleistung fordern könne, zumal dasselbe keineswegs ein höchst persönliches sei und nicht gleichwol ausgeübt werden könne, auch wenn ein Fremder Eigenthümer des in Frage stehenden Hauses werden sollte:: —

in Erwägung:

1) Daß vorerst das Begehren der Klägerin nach der Art, wie dasselbe begründet worden ist, nur auf den Fall hin gestellt zu sein scheint, als nicht etwa ihre Sohnsfrau, Wittwe Angst, geb. Hauenstein, Mutter des Cridars, in deren Haushaltung sie bisanhin gewohnt hat, Zügerin des fraglichen Hauses werden

Digitized by Google

sollte, in dem ihr ein Wohnungsrecht zusteht, da, wenn dieser Fall eintreten würde, ihr Verhältniß zu dem Objecte ihrer Berechtigung und zu ihrer Familie sich ganz gleich bliebe, wie dasselbe bisanhin bestanden hat; —

2) daß dann aber, wenn schon bei einem bloßen Wohnungsrechte in der Regel keineswegs die Rücksicht auf die Persönlichkeit des Eigenthümers des belasteten Hauses und das Verhältniß des Berechtigten zu demselben von wesentlicher Bedeutung für das Recht selbst ist, — doch hievon eine Ausnahme dann stattfindet, wenn die Persönlichkeit des Berechtigten in Rücksicht auf Alter, Krankheit u. dgl. eine solche Rücksicht durchaus erheischt, mit andern Worten, wenn die physische Beschaffenheit des Berechtigten um der nothwendigen Pflege willen ein Getrenntleben von den übrigen Familiengliedern, resp. ein Wohnen unter fremden Personen, nicht möglich macht, wie dieses gerade hier der Fall ist, indem, wenn man der Klägerin, die sich unwidersprochener Maßen in einem Alter von 84 Jahren befindet, zumuthen wollte, ihr Wohnungsrecht in dem Hause des Cridars auch dann fortzusetzen, wenn das Letztere einem fremden Züger zufallen sollte, — dieses einem Entzuge ihres Rechtes gleichkommen, dem Züger aber, der wegen des späteren Ranges seiner Forderung zur Anerkennung dieses Rechtes, resp. Uebernahme der dießfälligen Beschwerde verbunden ist, — dadurch ein ihm nicht gebührender Vortheil erwachsen würde; —

3) daß dagegen die geforderte Entschädigung jedenfalls bedeutend übertrieben, überhaupt die Umwandlung des in Frage stehenden Rechtes in eine der Klägerin gutzumachende Capitalsumme in Hinsicht des hohen Alters und der Möglichkeit eines vielleicht baldigen Ablebens derselben nicht angemessen erscheint, vielmehr die Verpflichtung des betreffenden Zügers zur Bezahlung einer jährlichen Entschädigung den obwaltenden Verhältnissen besser entspricht, welche

Digitized by Google

Entschädigung im Betrage von 20 fl. per Jahr als genügend erscheint; —

4) daß endlich, da das Wohnungsrecht der Klägerin selbst in dem Hause des Cridars von den Beklagten anerkannt und in Folge dessen auch gegen das angesprochene Vorrecht für die geforderte Geldleistung eventuell keine Einwendung erhoben worden ist, das letztere gutgeheißen werden muß:: —

in der Hauptsache mit Einmuth, nur in Hinsicht des Betrages der jährlichen Entschädigung durch Stimmenmehrheit, im Gegensatze eines Antrages, dieselbe auf 15 fl. festzusetzen,

erkannt:

1. Sei die Rechtsfrage dahin entschieden, daß der Züger des Hauses des Cridars, falls der Zug nicht der Sohnsfrau der Klägerin, Wittwe Angst, geb. Hauenstein, zufallen sollte, der Klägerin von dem Augenblicke an, in welchem dieselbe das bezeichnete Haus verläßt, bis zu ihrem Absterben eine jährliche Entschädigung von 20 fl. anstatt des Wohnungsrechtes zu bezahlen hat, und stehe derselben für diese Entschädigung ein Vorrecht auf dem fraglichen Hause in dem Range zu, den das bezeichnete Wohnrecht selbst im Verhältniß zu den übrigen auf jenem Hause haftenden Belastungen eingenommen hat; —

2. Habe Klägerin die eine und die Beklagten die andere Hälfte der Gerichtskosten zu bezahlen; —

3. Sei dieses Urtheil der Notariatskanzlei dahier und den Parteien, diesen gegen Empfangschein, mitzutheilen.

In Folge der von den Beklagten gegen das bezirksgerichtliche Urtheil ergriffenen Appellation hat sodann das Obergericht am 7. September 1848,

in Erwägung:

Daß es sich hier in keiner Weise um eine persönliche Leistung, sondern lediglich um eine Servitut handelt, darin bestehend, daß dem

Digitized by Google

Servitutsberechtigten das Wohnungsrecht im Hause des Servitutsverpflichteten zusteht, nun aber der Umstand, daß das servitutsbelastete Haus auf einen andern Eigenthümer als den bisherigen übergeht, diese Servitut nicht im Geringsten berührt, daher von einer Umwandlung des fraglichen Winkelrechtes in eine Geldleistung keine Rede sein kann, da ja sonst ganz mit dem gleichen Rechte eine Person, welcher ein solches Winkelrecht zustände, gegen das Vermiethen der nicht belasteten Räumlichkeiten von Seite des Hauseigenthümers Einsprache erheben könnte, überdieß im vorliegenden Falle die Klägerin durch den eintretenden Wechsel des Hauseigenthümers um so weniger Nachtheil erleidet, als dieselbe bisher nicht in der Haushaltung des Servitutsverpflichteten gelebt, sondern einen eigenen Rauch geführt hat :: —

mit Bezug auf das Eintreten einer Prozeßentschädigung durch Stimmenmehrheit, im Uebrigen mit Einmuth

gefunden:

Sei die Berufung der Beklagten begründet, und hierauf

erkannt:

1. Stehe der Klägerin das Wohnungsrecht in dem betreffenden Hause wie bisher zu, dagegen sei sie mit ihrem Begehren um Umwandlung dieses Rechtes in eine Geldleistung abgewiesen; —

2. Habe die Klägerin die sämmtlichen erst- und zweitinstanzlichen Kosten und an die Beklagten im Ganzen eine Prozeßentschädigung von 12 Fr. zu bezahlen.

Digitized by Google

XII.

Ueber die Rechte der Juden.

Das Obergericht des Standes Zürich
hat
am 31. October 1848, nach Anhörung des Antrages seiner Justiz-Commission, in Sachen des Herrn Fürsprech Dr. Schauberg, Namens Salomon Weil in Lengnau, betreffend Beschwerde über einen Beschluß des Bezirksgerichtes Bülach,
da sich ergeben:

A. Recurrent habe bei dem Bezirksgerichte Bülach um Bewilligung des Wortzeichens gegen Jacob Weidmann, Spinner in Oberhöri, für eine Forderung von 32 fl. nachgesucht; —

B. Das Bezirksgericht habe, obwol die Schuld von Weidmann anerkannt worden sei, durch Beschluß vom 28. August d. J. das Gesuch abgewiesen, gestützt auf die Rathsverordnungen vom 16. Mai 1804 und 27. Juli 1809, Art. 2, betreffend den Verkehr der Juden, wonach denselben alles Einmischen in Schuldsachen, ausgenommen im Merkantilischen, untersagt sei und ihnen für daherige Forderungen kein Recht gehalten werden solle; —

C. Hierüber beschwere sich nun Herr Fürsprech Dr. Schauberg Namens des Juden Weil, indem er bemerke, die citirten Verordnungen stehen zwar, wie sich das Obergericht schon wiederholt (Schauberg, Beiträge, Bd. II. S. 95 ff. und Bd. V. S. 225 ff.) und namentlich jüngsthin in einem Recursalbescheide vom 13. Juli d. J. in Sachen Gottlieb Guggenheim in Lengnau ausgesprochen habe, noch in Kraft, kommen aber hier nicht zur Anwendung, indem sie sich auf den Gebrauch der Protokolle u. s. w. für freiwillige Rechtsgeschäfte beziehen, keineswegs aber eine Bestimmung, woraus entnommen werden könnte, daß den Juden für ihre gültig entstandenen Forderungen kein Recht gewährt

Digitized by Google

und namentlich keine Execution gestattet, also der Rechtstrieb verschlossen werden und ihnen, Pfande auf dem Wege desselben zu erhalten, unmöglich sein soll, enthalten; wenn sie aber überhaupt zum Gebrauche des Rechtstriebes für die ihnen zustehenden Forderungen berechtigt seien, so dürfen sie auch die Ertheilung des Wortzeichens als eines Rechtstriebsmittels verlangen; —

D. Weidmann trage auf Verwerfung des Recurses an, weil die Forderung auf Betrug beruhe, indem er zwar allerdings dem Weil ursprünglich 18 fl. schuldig gewesen, dieselben aber bis auf 5 fl. bezahlt und sodann, ohne mehr Geld zu erhalten, sich habe bewegen lassen, einen Wechsel von 25 fl. und später wieder einen solchen von 10 fl. zu unterzeichnen; —

E. Das Bezirksgericht Bülach erkläre, daß es sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe:: —

in Erwägung:

1) Daß, da gemäß des Inhaltes des recurrirten Beschlusses der Angesprochene die Schuld vor Bezirksgericht anerkannt hat, für die in der Antwortschrift vorgebrachte Einrede aber, daß sie ganz oder zum Theil auf einem von dem Recurrenten an ihm verübten Betruge beruhe, oder daß, was wol eher seine Meinung zu sein scheint, sie durch einen dem Recurrenten zur Last fallenden Wucher auf ihre jetzige Höhe gestiegen sei, irgend ein Beweis weder vorliegt, noch anerboten worden ist, die Forderung sich als eine liquide und vollstreckungsfähige darstellt, daher sich nur fragt, ob das von dem Recurrenten dafür verlangte Wortzeichen zulässig sei; —
2) daß nun in dem recurrirten Beschlusse die Verneinung nicht etwa darauf, daß die gesetzlichen Bedingungen des Wortzeichens nicht vorhanden seien, gestützt, auch von dem Schuldner selbst sich auf den Mangel an diesen Bedingungen nicht berufen, sondern die Verweigerung der Bewilligung des Schuldverhaftes nur auf die Rathsverordnungen vom 16. Mai 1804 und 27. Juli 1809, wo-

Digitized by Google

nach den Juden theils die Notariats- und Pfandprotokolle verschlossen, theils „jede Einmischung in Schuldsachen (ausgenommen im Merkantilischen) verboten sei und für dießfallsige Forderungen kein Recht gehalten werden soll", gegründet wird, — dieses aber zur Rechtfertigung des recurrirten Beschlusses nicht hinreicht, indem, wie das Obergericht schon öfter, namentlich aber auch in den in der Recursschrift citirten Fällen ausgesprochen hat, jene Verordnungen nicht dahin verstanden werden können, daß den Juden die Erwerbung aller Schuldforderungen untersagt, und daß für solche, von deren Erwerb sie nicht ausgeschlossen sind, ihnen das Recht verschlossen sei, vielmehr jener Ausschluß sich nur auf den Erwerb von Eigenthum an Grundstücken und auf zu ihren Gunsten stattfindende Bestellung von Pfandrechten, mit Ausnahme von Faustpfanden, so wie, abgesehen vom merkantilischen Verkehre, auf Erwerb zu Gunsten Dritter entstandener Forderungen beziehe, daher denn die betreffenden Verordnungen auf den vorliegenden Fall, in welchem es sich um keines jener den Juden verbotenen Geschäfte handelt, nicht Anwendung finden :: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und daher das Bezirksgericht angewiesen, das Wortzeichen zu ertheilen; —

2. Trage der Angesprochene die Kosten; —

3. Sei dieser Beschluß dem Bezirksgerichte Bülach für sich und zu Handen des Angesprochenen und dem Hrn. Fürsprech Dr. Schauberg zu Handen des Recurrenten unter Rücksendung der Acten mitzutheilen.

Digitized by Google

XIII.

Für welche verheimlichte dingliche Lasten kann durch Abrechnung an dem Kaufschuldbriefe Entschädigung vom Käufer verlangt werden?

Das Bezirksgericht Zürich
hat

am 19. August 1848 in Sachen des Herrn Caspar Mülli in Unterstraß, Klägers (Anwalt Herr Fürsprech Dr. Schauberg), gegen Herrn Jacob Waser, Bäcker im Thalacker in Zürich, Beklagten (Anwalt Herr Fürsprech Meier), betreffend Kauf, Nachwährschaft, über die Rechtsfrage: „Ob der Beklagte schuldig sei, den vom 26. Juni 1847 datirten Kaufschuldbrief auf das Heimwesen des Klägers, welchen er besitze, als getilgt und erloschen sofort zur Entkräftung auszuhinzugeben?“

da sich ergeben:

A. Laut Kaufbriefes vom 26. Juni 1847 (Act. 2) habe Kläger einer Frau Bachmann, geb. Groß, einen in Unterstraß liegenden Gütergewerb um 8140 fl. abgekauft, von welcher Summe 700 fl. bei der Fertigung baar bezahlt, 7120 fl. an verschiedenen Schuldposten zu bezahlen angewiesen, für 320 fl. endlich ein Kaufschuldbrief errichtet worden sei; — in dem Kaufbriefe finde sich betreffend die Verzinsung der Capitalposten die Bestimmung, daß dieselbe dem Käufer von Maitag 1847 an nach dem Tenor der betreffenden Briefe obliege; — in den Kaufschuldbrief (Act. 3) sei mit Bezug auf die Nachwährschaft wegen verschwiegener Lasten folgende Stelle aufgenommen: „Der Schuldner ist berechtigt, den Betrag des Schadens, welcher allfällig für ihn aus dinglichen Lasten irgend einer Art entsteht, die beim Kaufe der in

Digitized by Google

gegenwärtiger Urkunde erscheinenden Grundstücke verschwiegen worden sind, an der Schuldsumme in Abrechnung zu bringen"; —

B. Kläger verlange nun von dem Beklagten, welcher sich gegenwärtig im Besitze des Kaufschuldbriefes befinde, dessen Herausgabe zur Entkräftung, weil sich bei dem Concurse über die am 17. Januar d. J. verrechtfertigte Frau Bachmann gezeigt habe, daß von den auf den verkauften Grundstücken haftenden Schulden Zinse von mehreren Jahren her ausgestanden haben, und zwar in einem die Summe des Kaufschuldbriefes übersteigenden Betrage; — Herr alt Oberrichter v. Orelli habe nämlich vier Zinse zusammen im Betrage von 460 fl. und vier andere von 80 fl. angemeldet, ferner Herr Bezirksrichter Kern Zinse im Betrage von 40 fl. und von 20 fl.; — da diese sämmtlichen Zinse mit Pfandrecht versehen gewesen seien, habe Kläger sie bezahlen müssen, und verlange nun deren Abrechnung an dem Kaufschuldbriefe, resp. Löschung des letztern; — übrigens sei der Beklagte nicht einmal rechtmäßiger Inhaber des Kaufschuldbriefes, weil Frau Bachmann unter Vormundschaft stehe und nun die Vormundschaftsbehörden nie ihre Zustimmung zur Abtretung des Briefes an den Beklagten gegeben haben; — auch von dem Vogte der Frau Bachmann sei der Kaufschuldbrief erst nach Ausbruch des Concurses dem Kläger abgetreten worden, was daraus hervorgehe, daß der Beklagte erst am 16. December dem Kläger von der Cession Anzeige gemacht habe (Act. 2 a); — gegenüber der Frau Bachmann hätte aber Kläger jedenfalls compensiren können und durch eine nach Ausbruch des Concurses geschehene Cession könne er nicht in eine schlimmere Lage versetzt werden; —

C. Von dem Beklagten werde erwiedert: Durch die Behauptung, der Beklagte sei nicht rechtmäßiger Inhaber des Kaufschuldbriefes, bestreite Kläger seine Passivlegitimation, somit daß die Klage gegen den rechten Beklagten gerichtet sei; — übrigens könne Kläger gar nicht allfällige Rechte der Bachmann'schen Concursmasse verfechten; — indessen werde Beweis anerboten, daß der Beklagte sich im rechtmäßigen

Digitized by Google

Besitze des Briefes befinde; — auf das Datum der an den Kläger erlassenen Anzeige komme nichts an, da Beklagter zu einer solchen Anzeige überhaupt nicht verpflichtet gewesen wäre; — die Cession durch den Vogt der Frau Bachmann habe laut Act. 4 am 26. Juli 1847 stattgefunden; — von einer Abrechnung ausstehender Zinse an dem Kaufschuldbriefe könne nicht die Rede sein, denn unter den „verschwiegenen Lasten", von denen das Notariatsgesetz spreche, seien bloß Servituten zu verstehen, nicht Zinse von im Kaufbriefe angewiesenen Capitalien, da ja bei den Letztern es ein Leichtes für den Käufer sei, durch Nachfrage bei den Creditoren zu erfahren, wie viele Zinse ausstehen; — ferner trete nur für verschwiegene oder verheimlichte Lasten Compensation ein, und nun werde bestritten, daß Kläger seine Verkäuferin über die Zahl und den Betrag der ausstehenden Zinse befragt und diese ihm vorgegeben habe, daß außer den im Kaufbriefe angewiesenen keine solchen ausstehen; — auch werde das Quantitativ der zur Abrechnung verstellten Zinse bestritten, weil bei dem Capitale des Herrn alt Oberrichter v. Orelli von 2300 fl. der Zins statt zu 4 % zu 5 % berechnet, ferner unter dem Zinse von 80 fl. und demjenigen, welchen Herr Kern im Betrage von 20 fl. fordere, auch der Halbjahrzins von Mai bis Martini 1847, den ja Kläger zu bezahlen habe, begriffen sei; —

D. Der klägerische Anwalt replicire: Nach der Fassung des §. 58 des Notariatsgesetzes und derjenigen Stelle des Stadt- und Landrechtes, auf welche sich dieser Paragraph gründe, nämlich auf S. 65 (Thl. V. §. 16) seien unzweifelhaft unter den verheimlichten dinglichen Lasten auch die Zinse zu verstehen; — ausdrücklich seien aber dem Kläger nur Zinse von Mai 1847 an im Kaufbriefe überbunden worden; es habe somit eine Verheimlichung der älteren ausstehenden Zinse stattgefunden; — nöthigenfalls werde Beweis dafür angeboten, daß bei der Fertigung des Kaufes anderweitigen Lasten nachgefragt und das Bestehen solcher ausdrücklich verneint worden sei:: —

in Erwägung:

Digitized by Google

1) Daß, da Kläger gegenwärtig nur den Beklagten als Besitzer des Kaufschuldbriefes (Act. 3) ins Recht gefaßt hat und dieser erklärt, daß er Eigenthümer des Briefes und somit der rechte Beklagte sei, im gegenwärtigen Prozesse nicht darauf eingetreten zu werden braucht, ob der Beklagte wirklich das Eigenthum an dem fraglichen Kaufschuldbriefe erworben habe, da theils Kläger nicht befugt ist, die Rechte eines allfälligen dritten Eigenthümers zu wahren, theils, wenn er glauben sollte, daß zur Löschung dieser Schuldurkunde auch dritte Personen mitzuwirken verpflichtet seien, hierüber nicht im gegenwärtigen Prozesse, wo dieselben nicht vertreten sind, entschieden werden könnte; —

2) daß, was die Hauptsache anbelangt, die Fact. A angeführte Bestimmung des Kaufschuldbriefes, welche sich auf §. 58 des Notariatsgesetzes und letztere hinwieder auf §. 16, Thl. V. S. 65 des Stadt- und Landrechtes gründet, ihrer Fassung nach nur auf solche Lasten bezogen werden kann, welche der Verkäufer wirklich verheimlicht hat und deren Entdeckung dem Käufer zur Zeit des Kaufabschlusses entweder unmöglich oder doch wenigstens in bedeutendem Maße erschwert war; —

3) daß nun aber, wenn der Verkäufer, wie es hier geschehen ist, sämmtliche auf den Kaufsobjecten haftende Capitalien gehörig angibt und bloß verschweigt, daß bei diesen noch eine Zahl Zinse ausstehen, dem Käufer offenbar die Möglichkeit gegeben ist, theils durch Nachfragen bei den Creditoren, theils dadurch, daß er sich von dem Verkäufer die letzten Zinsquittungen vorlegen läßt, darüber sich Gewißheit zu verschaffen, ob und wie viele Zinse unbezahlt ausstehen; wenn er aber dieses unterläßt und durch die Angabe des Verkäufers, daß sämmtliche ausstehende Zinse bezahlt seien, sich täuschen läßt, er die Folgen dieser Nachlässigkeit gegenüber dem dritten Besitzer des Briefes in gutem Glauben, dem Erkundigungen in dieser Richtung zur Zeit des Ankaufes des

Digitized by Google

Schuldbriefes in der Regel unmöglich sein werden, an sich selbst zu tragen hat; —

4) daß diese Auffassung der angeführten Gesetzesstellen unterstützt wird, einerseits dadurch, daß in §. 2, Thl. VII. des Stadt- und Landrechtes, welcher vom „Verkaufen liegender Güter" und namentlich von den Pflichten des Verkäufers bei Uebertragung von Immobilien handelt, nur gesagt ist, es habe dieser „die ewige und ablösige Hauptgüter, so darauf stehen, wohin die oder diese gehören, und wie und wann selbige verzinset, und bezahlt werden" anzugeben, davon aber nichts enthält, daß auch der allfällig ausstehenden Zinse Erwähnung gethan werden müsse, was doch offenbar, wenn es der Gesetzgeber gewollt und daran eine Folge hätte knüpfen wollen, sehr nahe gelegen hätte; anderseits durch den Umstand, daß es in §. 10, Thl. VIII. S. 114 des Stadt- und Landrechtes dem Käufer ausdrücklich zur Pflicht gemacht wird, sich zu erkundigen, ob unter den angewiesenen Capitalien Gülten sich befinden, in der Meinung, daß, wenn er dieses unterlasse, er den Verkäufer wegen des Aufgeldes nicht belangen könne, nun aber, da bei den Capitalvorständen das Datum der Schuldtitel bekanntlich nicht angegeben wird, diese Erkundigung jedenfalls eine größere, namentlich mit Kosten verbundene Last ist, als die jetzt in Frage liegende:: —

durch Stimmenmehrheit erkannt:

1. Sei Kläger abgewiesen; —
2. Habe er die Kosten zu bezahlen; —
3. Habe er den Beklagten mit 16 Fr. zu entschädigen; —
4. Mittheilung an die Parteien gegen Insinuationsdocument.

In Folge der von dem Kläger gegen das bezirksgerichtliche Urtheil ergriffenen Appellation hat sodann das Obergericht am 4. November 1848,

Digitized by Google

in Erwägung:

1) Daß vorerst, was die Sachlegitimation des Beklagten betrifft, lediglich auf Erw 1 des bezirksgerichtlichen Urtheiles verwiesen werden kann, sonach der gegenwärtige Besitzer des fraglichen Kaufschuldbriefes als der rechte Beklagte anzusehen ist; —

2) daß mit Bezug auf die Hauptsache nach den heutigen Parteivorträgen nicht mehr bestritten ist, daß Kläger Zinse, welche ihm beim Kaufe des fraglichen Heimwesens nicht angewiesen worden, habe bezahlen müssen in einem Betrage, welcher mindestens der Kaufschuldbriefsumme gleichkommt, und ebenso der Beklagte heute ausdrücklich zugegeben hat, daß, wenn die ursprüngliche Creditorin sich noch im Besitze des Kaufschuldbriefes befände, Kläger berechtigt wäre, die fraglichen Zinse zur Compensation zu verstellen, resp. den Betrag dieser Zinse von der Kaufssumme abzuziehen, somit sich lediglich fragt, ob die Einrede der Compensation auch gegenüber dem Cessionar der ursprünglichen Creditorin — dem gegenwärtigen Beklagten — als Besitzer im guten Glauben geltend gemacht werden könne; —

3) daß nun, während gewöhnliche Schuldbriefe die Forderung unbedingt repräsentiren und deren Inhabern in gutem Glauben lediglich solche Einreden, welche sich auf den Inhalt des Schuldbriefes gründen, entgegengesetzt werden können, dagegen mit Bezug auf Kaufschuldbriefe der §. 16, Thl. V. des Stadt- und Landrechtes ausdrücklich festsetzt, daß verschwiegene Lasten an der Kaufssumme abgerechnet werden können, hienach aber offenbar, wenn Lasten verschwiegen werden und der Käufer des Grundstückes hiedurch Schaden leidet, derselbe gegenüber dem Besitzer des Kaufschuldbriefes berechtigt ist, den betreffenden Betrag abzuziehen, wie übrigens auch nach den gesetzlichen Bestimmungen in den Kaufschuldbriefen selbst die betreffenden Lasten ausdrücklich angeführt werden müssen; —

Digitized by Google

4) daß nun darüber kein Zweifel walten kann, daß unter diesen Lasten nicht bloß Servituten gemeint seien, vielmehr mit Rücksicht auf die Bestimmungen des §. 2, Thl. VII. des Stadt- und Landrechtes, wo gesagt wird, daß einem Verkäufer gegenüber dem Käufer zu zeigen obliege: „die ewige und ablösige Hauptgüter, so darauf stehen, wohin die oder diese gehören, und wie und wann selbige verzinset, und bezahlt werden", hierunter offenbar auch die grundversicherten Schulden im Allgemeinen zu verstehen sind, wenn aber dieß der Fall ist, hiezu unzweifelhaft auch die ausstehenden Zinse von Capitalschulden, für welche die verkauften Grundstücke verpfändet sind, gerechnet werden müssen; —

5) daß sich im Weitern fragt, ob diese Capitalzinse im vorliegenden Falle als „verschwiegene" betrachtet werden können, welche Frage zu bejahen ist, weil Kläger um so mehr veranlaßt war, anzunehmen, daß keine früheren Zinse von den ihm auf dem Kaufsobjecte angewiesenen Capitalschulden mehr ausstehen, als ihm laut §. 1 der Kaufsbedingungen die Verzinsung der angewiesenen Schulden bloß von Maitag 1847 an, dagegen in dieser Beziehung keine andere Verpflichtung aufgelegt war; —

6) daß, wenn der Anwalt des Beklagten heute noch eingewendet hat, es sei Sache des Käufers, sich beim Kaufsabschlusse nach allfällig ausstehenden Zinsen zu erkundigen, so daß der Käufer eine dießfällige Unterlassung und die daraus entstehenden Folgen selbst zu tragen habe, das Einziehen solcher Erkundigungen allerdings räthlich sein mag, das Unterlassen derselben aber dem Käufer darum nicht zum Schaden gereichen darf, weil eine derartige Verpflichtung auf Seite des Käufers nicht besteht, vielmehr gemäß der in Erw. 4 angeführten Gesetzesstelle, dieß zu thun dem Verkäufer obliegt; —

7) daß hievon ausgegangen der heute von Seite des Klägers eventuell anerbotene Beweis dafür, daß er seinerzeit die Verkäuferin aus-

Digitized by Google

drücklich gefragt habe, ob keine Zinse mehr ausstehen, welche Frage bestimmt verneint worden sei, als überflüssig erscheint und daher nicht mehr abzunehmen ist; —

8) daß, wenn das Bezirksgericht sich für seine Ansicht auf §. 10, Thl. VIII. S. 114 stützt, dieß mit Unrecht geschieht, da dort ganz speciell von Gülten die Rede ist: : —

durch Stimmenmehrheit

gegenüber einem Antrage auf Rückweisung Behufs Abnahme des Beweises, daß dem Kläger die noch ausstehenden Zinse seinerzeit wirklich verschwiegen worden, im Uebrigen

mit Einmuth gefunden:

Sei die Berufung des Klägers begründet, und hierauf

erkannt:

1. Sei der Beklagte schuldig, den in seinem Besitze befindlichen Kaufschuldbrief vom 26. Juni 1847 auf das Heimwesen des Klägers als getilgt und erloschen zur Entkräftung auszuhändigen; —

2. Habe der Beklagte die sämmtlichen erst- und zweitinstanzlichen Kosten zu bezahlen; —

3. Sei die von dem Bezirksgerichte dem Beklagten gesprochene Prozeßentschädigung aufgehoben, dagegen habe der Beklagte an den Kläger im Ganzen eine prozessualische Entschädigung von 24 Fr. zu entrichten; —

4. Sei dieses Urtheil dem Bezirksgerichte Zürich unter Rücksendung der Acten und den Parteien mitzutheilen.

Digitized by Google

XIV.

Ueber die Aufkündbarkeit der Schuldbriefe.

Das Bezirksgericht Affoltern
hat
am 16. September 1848 in Sachen des Heinrich Schneebeli von Affoltern, Klägers (Anwalt Herr Fürsprech Dr. Schauberg), gegen Johannes Suter, Heinrichen von Affoltern, Beklagten (Anwalt Herr Procurator Rahn), betreffend Kündigung, über die Rechtsfrage: „Ist Beklagter verpflichtet, zufolge Aufkündung vom 9. Mai 1848 an den Kläger 420 fl. Capital nebst Zins laut Kaufschuldbriefes dat. Martini 1846 zu bezahlen?“
da sich ergeben:

A. Laut Kaufbriefes vom 2. December 1846 habe Kläger an den Beklagten ein halbes Haus und eine halbe Scheune mit einem Krautgarten für die Summe von 815 fl. verkauft, und es sei für einen Kaufrest von 420 fl. ein Kaufschuldbrief dat. Martini 1846 auf „sechs die nächsten Jahre unaufkündbar“ errichtet, dabei aber bedungen worden, daß nach Verfluß dieser Zeit jedem Theile eine halbjährige Kündigung stets frei stehen soll; —

B. Im Verfolge habe der Beklagte die vorerwähnten Kaufsobjecte an Heinrich Schneebeli und dieser sie wieder an den Fabrikanten Suter verkauft, und es sei jener 420 fl. betragende Kaufschuldbrief jedes Mal dem neuen Käufer angewiesen worden, Kläger weigere sich jedoch, einen derselben als Schuldner anzunehmen, habe vielmehr am 9. Mai d. J. seinem ursprünglichen Schuldner (dem Beklagten) die Abzahlung jenes Kaufrestes auf Martini d. J. aufgekündet; letzterer habe jedoch Rechtsvorschlag ausgewirkt, weil der Termin, auf welchen gekündet werden könne, noch nicht eingetreten sei; —

Digitized by Google

C. Kläger ſtütze ſein Kündigungsrecht auf Stadt- und Landrecht, Thl. X. §. 59, wonach es dem Creditoren in einem Falle, wie der vorliegende ſei, freiſtehe, einerſeits den Käufer als neuen Zinsmann anzunehmen, oder anderſeits ſich an den alten zu halten, oder endlich die Zahlung geradewegs abzufordern; §. 12, Thl. VIII, den man dagegen anführen möchte, ſei ohne Einfluß, weil nach einem Entſcheide des Obergerichtes in der Monatschronik, Bd. X. S. 193 der citirte §. 59, Thl. X. der Vorzug verdiene, überdem letzterer die neuere Beſtimmung enthalte, wie ſich aus einer in dem Gerichtsbuche von 1553 abgedruckten Rathsverordnung vom 16. Juni 1687 ergebe; —

D. Beklagter entgegne: Die factiſchen Verhältniſſe ſeien dahin zu berichtigen, daß er den Krautgarten nicht verkauft und gegen ſeinen Käufer die Erklärung abgegeben habe, daß er (Beklagter) ſeinem Verkäufer (dem Kläger) trotz der Anweiſung doch haften wolle; in rechtlicher Beziehung könne der Creditor bei Anlaß eines Kaufes nur künden, wenn der Brief ausgelaufen ſei, wenn dieß aber, wie hier, nicht der Fall ſei, ſo habe er bloß die Facultät, den neuen Beſitzer der Unterpfande als Schuldner anzunehmen oder den alten zu behalten, wie dieß Stadt- und Landrecht, Thl. VIII. §. 12 deutlich beſtimme; dieß werde unterſtützt durch §. 22, Thl. VI. cit., wonach jedenfalls bei einem nur theilweiſen Verkaufe der Unterpfande nie gekündet, ſondern von dem Creditoren jetzt aus den Einzinſern bloß ein Trager gewählt werden könne; der behauptete Sinn von §. 12, Thl. V. werde auch durch die Autorität des Herrn Dr. Bluntſchli in ſeiner Staats- und Rechtsgeſchichte des Cantons Zürich, Thl. II. S. 252, unterſtützt, und das erwähnte obergerichtliche Urtheil ſpreche ebenfalls zu ſeinen (des Beklagten) Gunſten; im Verhältniß zu §. 59, Thl. X. verdiene umgekehrt der §. 12, Thl. V. der Vorzug, denn dieſer handle gerade ausſchließlich von der Ablöſung der Gült- und Schuldbriefe; —

E. Kläger beſtehe darauf, es habe eine unbedingte Verſtoßung ſtattgefunden, wofür er nöthigen Falles den Beweis anerbiete; die

Digitized by Google

Ansicht des Herrn Dr. Bluntschli sei bloß ein wissenschaftlicher Versuch, den Widerspruch von §. 59, Thl. X. mit §. 12, Thl. V. zu heben, der Entscheid des Obergerichtes stehe höher; —

F. Aus einem von dem Kläger nachträglich producirten Auszuge aus der Notariatskanzlei Knonau ergebe sich, daß vom Beklagten sämmtliche in Fact. A erwähnte Liegenschaften an Schneebeli und ebenso von diesem an Suter verkauft und die fragliche Kaufschuld ohne weitere Bemerkung bei den einzelnen Käufen verwiesen worden sei:: —

in Erwägung:

1) Daß nach dem Fact. F erwähnten Auszuge aus dem Notariatsprotokolle allerdings sämmtliche, dem Kläger verpfändeten Liegenschaften von dem Beklagten veräußert worden sind und dabei die klägerische Forderung in ihrem vollen Umfange dem neuen Erwerber der Pfande angewiesen wurde; —

2) daß jedoch der Beklagte erklärt, dem Kläger gegenüber auch fortan als Schuldner und Zinsmann haften zu wollen; —

3) daß nun das Subject des notarialischen Pfandes und der demselben zu Grunde liegenden Obligation aus einander gehen können, ohne daß das ursprüngliche obligatorische Band gegenüber dem des Eigenthums sich begebenden Schuldner ipso jure gelöst würde; daß aber im vorliegenden Falle sich umgekehrt fragt, ob jenes Ereigniß dennoch dem Creditoren die Befugniß gebe, die Aufhebung der Obligation durch Zahlung von dem ursprünglichen Schuldner verlangen zu können; —

4) daß diese Frage zunächst nach allgemeinen Grundsätzen verneint werden muß, indem nach dem Inhalte des Kauf- und Kaufschuldbriefes der Zahlungstermin für die fragliche Kaufschuld erst nach sechs Jahren von Martini 1846 an eintreten soll und dieser Termin offenbar als im Interesse beider Theile gesetzt angesehen werden muß, so daß wider den Willen des Einen der Andere nicht die Aufhebung der Obligation verlangen kann; —

Digitized by Google

5) daß jedoch weiter in Frage kommt, ob eine Ausnahme von diesen allgemeinen Grundsätzen dadurch begründet werde, weil das zwischen den Litiganten bestehende obligatorische Verhältniß auf einem dem allerdings in manchen Beziehungen exceptionellen Institute des Schuldbriefes gleich zu behandelnden Kaufschuldbriefe beruht; —

6) daß hier §. 12, Thl. VIII. des Stadt- und Landrechts die einzig zutreffende und daher entscheidende gesetzliche Bestimmung ist, indem diese gerade ausdrücklich von denjenigen Schuldbriefen handelt, welche des „Termines halber noch nicht ausgeloffen" sind und nicht bloß die Befugniß des in Folge Zuges oder Kaufes in das obligatorische Band eintretenden Schuldners, sondern ebenso wol die „Befugsame" des Schuldgläubigers für beide Fälle behandelt, während der Anwendung des §. 59, Thl. X. cit. entgegensteht:

a) daß nach seiner ganzen Fassung unbestimmt gelassen ist, auf welches Verhältniß sich derselbe beziehe, in Rücksicht der im §. 12 cit. so klar zum Entscheide gesetzten Frage aber angenommen werden muß, es beziehe sich derselbe auf bereits ausgelaufene Briefe, —

b) daß in §. 59 der Fall einer wirklichen Delegation gedacht ist, in der Weise, daß der ursprüngliche Schuldner aus dem obligatorischen Bande auszutreten versucht hat, während bei der in Erw. 2 erwähnten Erklärung des Beklagten dieser Fall nicht hier vorliegt, von Kläger sogar nicht einmal behauptet wurde, daß der Beklagte jemals gegenüber ihm den Wunsch, aus der Schuldpflicht jenes Kaufschuldbriefes entlassen zu werden, geäußert habe, und aus dem vom Kläger producirten Protokollauszuge ferner nicht hervorgeht, daß bei den stattgefundenen Anweisungen eine andere Meinung auf Seite des Beklagten gewaltet habe; —

Digitized by Google

7) daß nun §. 12, Thl. VIII. festsetzt, es sei dem Züger eines Auffalles und dem Käufer nicht gestattet, dem Creditoren Schuldbriefe, die auf den gezogenen, resp. gekauften Liegenschaften haften und die des „Termines halber noch nicht ausgeloffen" sind, wider den Willen des Creditoren zu künden, da in denselben Fällen dem Creditoren dieses Recht auch nicht gegeben, sondern „benommen" sei, — daß dann zwar zur Begründung dessen gesagt wird, es stehen eben der „Bezieher eines Auffalles" und der „Käufer" in Rücksicht der in Briefen „bestimmten Terminen, in denen Rechten des Verauffalleten oder Verkäufers", allein daraus nicht geschlossen werden kann, daß die Bestimmung sich nur auf den bereits als Schuldner angenommenen Züger oder Käufer beziehe, indem, sobald die wirkliche Annahme stattgefunden, sich bei einem noch nicht ausgelaufenen Briefe von selbst verstünde, daß der Züger und Käufer als Rechtsnachfolger des Verauffalleten und Verkäufers auch in Rücksicht der Termine angewiesener Schulden die gleichen Rechte und Vortheile ansprechen können, welche ihren Rechtsvorfahren zugestanden haben, sondern vielmehr, da in §. 12 ausdrücklich das Verhältniß der noch nicht ausgelaufenen Briefe, im Falle die Pfande durch Zug oder Kauf auf einen neuen Eigenthümer übergehen, entschieden werden soll, anzunehmen ist, es sei darin die Stellung des Creditoren in eben jenem Falle gegen den Schuldner überhaupt geordnet:: —

mit Einmuth erkannt:

1. Sei die Rechtsfrage verneinend entschieden; —
2. Bezahle Kläger die Kosten; —
3. Habe er den Beklagten mit 12 Fr. zu entschädigen; —
4. Mittheilung an die Parteien gegen Insinuationsdocument.

Digitized by Google

Das Obergericht hat sodann am 7. November 1848 in Folge der von dem Kläger gegen das bezirksgerichtliche Urtheil eingelegten Appellation,

in Erwägung:

1) Daß, wie sich das Obergericht in Sachen Rahn c. Zuppinger unter dem 16. September 1837 (Monatschr., Bd. X. S. 189 ff.) ausgesprochen hat, die in §. 12, Thl. VIII. S. 115 des Stadt- und Landrechtes enthaltene Bemerkung: „wellen dem Schuldgläubiger die Befugsame auch benommen ist, den Brief aufzukünden", da dieselbe sonst mit der Bestimmung des §. 59, Thl. X. S. 164 in Widerspruch gerathen würde, nur auf solche Fälle, wo der Gläubiger den Käufer schon als Schuldner angenommen hat, zu beziehen ist, übrigens angenommen, diese Auslegung sollte nicht richtig und mithin ein Widerspruch zwischen diesen beiden Paragraphen wirklich vorhanden sein, die Bestimmung des cit. §. 59 vorgehen müßte, weil dieser Paragraph direct die Normirung des bei dem Verkaufe der Unterpfande durch den Schuldner und der Verstoßung der Schuld eintretenden Verhältnisses bezweckt, während in dem cit. §. 12 desselben nur beiläufig und lediglich zur Unterstützung derjenigen Bestimmung, um welche es hier zu thun war, gedacht ist; —

2) daß nun der cit. §. 59, ohne zu unterscheiden, ob die Frist, für welche zunächst der Schuldbrief verabredet war, abgelaufen sei oder nicht, bestimmt, wenn der Schuldner die Unterpfande verkaufen und darauf die Schuldbriefschuld verstoßen würde, so habe er dem Gläubiger dieß anzuzeigen und sodann letzterer die dreifache Wahl, entweder den Käufer als neuen Schuldner anzunehmen, oder sich noch fortwährend an den alten zu halten, oder diesem die Schuld geradezu aufzukünden; —

3) daß, da im vorliegenden Falle der Kaufschuldbriefschuldner (Beklagter) die Unterpfande an einen Dritten vertauscht und darauf

Digitized by Google

die Schuld verstoßen hat, indem er demselben die Schuld überband, der Gläubiger zur Aufkündung berechtigt war, wobei die Behauptung des Beklagten, er habe vom Gläubiger nie Entlassung aus dem Schuldverhältniß verlangt, unerheblich ist, da er beim Tausche die Schuld verstoßen hat, mithin ihm nach der citirten Bestimmung obgelegen hätte, dieß dem Gläubiger anzuzeigen, und er daher auf diese Unterlassung sich nicht berufen kann; —

4) daß endlich die heutige Behauptung des Beklagten, der Vertrag stehe der Aufkündung entgegen, lediglich zusammenfällt mit seiner schon widerlegten Behauptung, daß ein Schuldbrief, bei welchem die Frist, für die er zunächst verabredet war, noch nicht abgelaufen ist, vom Gläubiger auch beim Verkaufe der Unterpfande durch den Schuldner und der Verstoßung der Schuld nicht aufgekündet werden dürfe:: —

durch Stimmenmehrheit gefunden:

Es sei die Berufung des Klägers begründet, und hierauf

erkannt:

1. Sei Beklagter schuldig, die an ihn geschehene Aufkündung vom 9. Mai d. J. anzuerkennen und daher an den Kläger 420 fl. Capital sammt Zins laut Kaufschuldbriefes auf Martini d. J. abzuzahlen; —

2. Habe Beklagter die erst- und zweitinstanzlichen Kosten und an Kläger eine Entschädigung von 16 Fr. zu bezahlen; —

3. Sei die erstinstanzlich dem Beklagten gesprochene Entschädigung aufgehoben.

Digitized by Google

XV.

Aus den obergerichtlichen Entscheidungen während der Monate October, November und December 1848. Mitgetheilt von Hrn. Obergerichtsschreiber Römer.

1. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A, Durch Beschluß vom 16. v. M. habe das Bezirksgericht A. dem Recurrenten (B.) eine Ordnungsbuße von 12 Fr. aufgelegt, weil derselbe, wie sich bei Anlaß eines Rechtsöffnungsbegehrens des S. gezeigt, in dem später wieder aufgehobenen Concurse des R. eine 45 fl. haltende Schuld anzumelden unterlassen habe; —

B. Ueber diesen Beschluß beschwere sich nun Recurrent und verlange Aufhebung desselben, indem er bemerke: Unter dem 12. März d. J. habe R. die fragliche Forderung von 45 fl. an H. unter Anzeige an ihn (den Recurrenten) abgetreten, und später sei dieselbe an S. übergegangen; in dem im Mai d. J. ausgebrochenen Concurse des R. habe er (Recurrent) zwar eine Forderung von 405 fl. eingegeben, die Schuld von 45 fl. aber dabei nicht erwähnen zu sollen geglaubt, weil er den H. als seinen damaligen Gläubiger betrachtet habe; wenn er nun dennoch bei Anlaß der von Seite des S. für die 45 fl. angehobenen Betreibung die 405 fl. zur Compensation verstellt habe, so sei zu bemerken, daß H. nach der Cession sich aus dem Staube gemacht und R. ihn (den Recurrenten) für die 405 fl. noch nicht befriedigt habe; —

C. Bei Anlaß des Rechtsöffnungsbegehrens des S. für die 45 fl. habe Recurrent eine schriftliche Erklärung des R. vom 1. Juli d. J. producirt, dahin gehend, daß jene 45 fl. an den 405 fl. in Abrechnung gebracht werden können:: —

Digitized by Google

in Erwägung:

1) Daß die Verpflichtung der Schuldner einer in Concurs gerathenen Person, Das, was sie dem Cridar schuldig sind, zu dessen Inventar gehörig anzumelden, schon aus dem Formulare der Concurspublicationen, wie dasselbe in §. 2 des vom Großen Rathe der officiellen Sammlung der Gesetze und Verordnungen einverleibten Concursreglements festgesetzt ist, hervorgeht, verbis: „Es ergeht an alle Gläubiger und Schuldner des in Concurs Gerathenen die peremtorische Aufforderung, über ihre Ansprachen und Verbindlichkeiten der .... Kanzlei .... genaue Eingaben zuzustellen ..... Alles unter der Androhung, daß Schuldner, die ihre Eingabe zu machen unterlassen, angemessene Nachtheile zu gewärtigen hätten", — und Recurrent auch nicht etwa damit, daß er von dem Concurse des R. keine Kenntniß gehabt habe, sich entschuldigen kann, weil er eine Forderung gegen den Cridar angemeldet hat; —

2) daß, wenn nun auch für die Nichtanmeldung von Verbindlichkeiten im Allgemeinen nur „angemessene Nachtheile" angedroht sind und auch die Auflegung einer Buße für Fälle, wo angenommen werden kann, es habe die Nichtanzeige auf einem bloßen Uebersehen beruht, allzu hart sein dürfte, sie dagegen da völlig am Platze ist, wo eine solche Entschuldigung dem Betreffenden nicht zu statten kommt, was ganz gewiß dann eintritt, wenn er zwar wol eine ihm zustehende Forderung geltend gemacht, seine Schuld aber zu erwähnen unterlassen und somit mehr gefordert hat, als ihm zu gut kommt, gewärtigend, ob die übrigen Betheiligten dieß wahrnehmen und ihre Rechte zu wahren im Stande sein werden; —

3) daß nun Recurrent sich ganz in diesem Falle befindet, weil, wenn ihm auch schon vor dem eingetretenen Concurse des R. davon, daß dieser seine Forderung auf ihn (den Recurrenten) einem

Digitized by Google

Andern abgetreten habe, Kenntniß gegeben worden ist, er (Recurrent) sich dadurch keineswegs hat bewegen lassen, sich nunmehr als Schuldner des Cessionars und Dessen, an den der Cessionar die Forderung weiter cedirte, anzuerkennen, vielmehr, wie aus seiner eigenen Darstellung und dem Bescheide des Bezirksgerichtspräsidiums vom 8. v. M. hervorgeht, nicht nur dem Inhaber der Forderung Zahlung darum verweigerte, weil ihm (dem Recurrenten) an den ursprünglich Berechtigten (R.) eine größere Gegenforderung, mit welcher er die in Rede stehende Forderung zu compensiren berechtigt sei, zustehe, sondern sogar (vide den factischen Theil des erwähnten Bescheides) eine vom 1. Juli d. J., also nach der ihm bekannt gewordenen Cession, ja sogar nach dem ausgebrochenen Concurse des R. datirte Erklärung des Letztern vorwies, durch welche Letzterer ihm (dem Recurrenten) die Compensation gestattete, was, welche rechtliche Bedeutung man auch dieser Erklärung beimessen mag, doch jedenfalls zeigt, daß Recurrent sich fortwährend als Schuldner des R. für die fraglichen 45 fl. oder vielmehr als gegen diesen zur Compensation berechtigt betrachtete, eben deßwegen aber auch seine Forderung an den R. als um den Betrag seiner Schuld verringert ansehen mußte; —

4) daß, wenn dann Recurrent behauptet, er habe früher wirklich den Cessionar für seinen Gläubiger angesehen und nur später sich wieder auf eine ihm gegen R. zustehende Compensation berufen, weil inzwischen der (erste) Cessionar (H.) „sich aus dem Staube gemacht habe", diese Behauptung, abgesehen davon, daß ein solches willkürliches und einseitiges Zurücktreten von einer einmal anerkannten Verpflichtung ohne rechtliche Bedeutung wäre, gar keinen rechten Sinn hat, weil die Zahlungsunfähigkeit oder Entfernung des Cessionars H. den Recurrenten mit Bezug auf die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Einrede der Compensation aus

Digitized by Google

einer Forderung an den Cedenten gar nicht schlechter gestellt haben würde und ihm daher völlig gleichgültig hätte sein können :: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet; —

2. Trage Recurrent die Kosten. (Justizprot. vom 7. Oct. 1848, Nr. 20.)

---

2. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Recurrent S. habe mit Rechtsbot vom 15. August d. J. die Erben des B. für 54 fl. 12 ß. laut Rechnung vom 16. Januar v. J. nebst Zins und 23 ß. Rechtstriebkosten betrieben, wogegen der Vogt der Angesprochenen (M.) Rechtsvorschlag ausgewirkt habe, gestützt darauf, daß die Schuld ohne sein Wissen contrahirt worden sei; —

B. Unter Einlegung eines Pfandscheines vom 24. August v. J., wonach die Angesprochenen ohne Einwendung bis zur Versilberung betrieben worden, habe Recurrent Rechtsöffnung verlangt, sei aber laut Bescheides des Bezirksgerichtspräsidiums X. vom 20. v. M. mit diesem Begehren abgewiesen worden, weil der Vogt der Betriebenen eingewendet und sich zum Beweise anheischig gemacht, daß er von der früheren Betreibung keine Kenntniß erhalten habe; —

C. Hierüber beschwere sich nun Recurrent und berufe sich zu Widerlegung der letzteren Einwendung auf ein Attestat des Gemeindeammannamtes B. vom 28. v. M., dahin gehend, daß die Rechtstriebzedel dem Vogte der Angesprochenen zugekommen seien :: —

in Erwägung:

Daß, angenommen auch, bei dem früheren Rechtstriebe seien die Betreibungszedel dem Vogte zugestellt worden, zwar, da rechtzeitig ein Rechtsvorschlag nicht erhoben worden war, bei jenem Rechtstriebe Rechtsstellung nicht mehr zulässig gewesen wäre, dagegen, da die Nichterhebung eines Rechtsvorschlages auch auf

Digitized by Google

bloßer Nachlässigkeit beruhen kann, dieser Umstand allein bei einem späteren Rechtstriebe die Forderung noch nicht zu einer liquiden und anerkannten macht: : —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet; —

2. Trage Recurrent einstweilen die Kosten. (Justizpr. vom 7. Oct. 1848, Nr. 22.)

---

3. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Recurrent S., als Inhaber einer vom 24. October 1844, datirten, ursprünglich 800 fl., gegenwärtig noch 700 fl. vermögenden Pfandverschreibung auf Z., habe seine Forderung in dem im J. 1847 ausgebrochenen Concurse des Z. angemeldet; —

B. Gegen die Einwilligung des Recurrenten zu Aufhebung des Concursverfahrens habe Z. demselben laut Scheines vom 20. September v. J. auf den Fall, daß nach Aufhebung des Concurses die verfallenen Zahlungen nicht sofort geleistet würden, das Recht eingeräumt, „die Pfande, ohne fernern Rechtstrieb zu gebrauchen, zu verkaufen"; —

C. Nach Aufhebung des Concursverfahrens und da eine Zahlung nicht geleistet worden, sei Recurrent bei dem Bezirksgerichtspräsidium R. mit dem Gesuche eingekommen, daß Z. angehalten werde, die Schlüssel zu den Räumlichkeiten, in denen sich die Pfandobjecte aufbewahrt finden, abzugeben, damit die letztern inventirt und verkauft werden können; —

D. Z. habe sich diesem Begehren widersetzt, gestützt darauf, daß die Pfandobjecte Eigenthum seiner Ehefrau seien; —

E. Laut Bescheides vom 16. v. M. habe sodann das Bezirksgerichtspräsidium das Begehren des Recurrenten abgewiesen, weil

a) die Vorschrift des §. 27 des Gesetzes über die Schuldbetreibung, wonach das freiwillige Pfandrecht durch Rechtstrieb realisirt werden müsse, nicht auf die hier beabsichtigte Weise umgangen werden könne, —

Digitized by Google

b) der Ehefrau Z. Gelegenheit gegeben werden müsse, ihr angebliches Eigenthumsrecht geltend zu machen; —

F. Gegen diesen Beschluß recurrire nun S. und erneuere sein Begehren, zu dessen Begründung er sich lediglich auf den Fact. B erwähnten Schein berufe; —

G. Z., welchem dieser Schein mit der Recursschrift zur Beantwortung mitgetheilt worden sei, habe die ihm hiezu anberaumte Frist unbenutzt verstreichen lassen; —

H. Das Bezirksgerichtspräsidium erkläre, daß es sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe:: —

in Erwägung:

1) Daß, da der Recurse binnen der ihm angesetzten Frist, der beigefügten Androhung ungeachtet, die Recursschrift, welcher auch eine Abschrift seines Scheines vom 20. Sept. v. J. ist beigelegt worden, unbeantwortet gelassen hat, nunmehr davon auszugehen ist, daß er nicht nur die Forderung in ihren sämmtlichen Modalitäten anerkenne, sondern auch die Aechtheit des erwähnten Scheines nicht bestreite; —

2) daß nun aber dem Inhalte dieses Scheines gemäß er dem Recurrenten ausdrücklich das Recht, die Pfande ohne vorausgegangenen Rechtstrieb Behufs Befriedigung der Forderung des Recurrenten versilbern zu lassen, zugestanden hat und ein Grund, dieses für unstatthaft und wirkungslos zu halten, nicht vorliegt, weil im vorliegenden Falle die betreffende Vereinbarung nicht etwa schon ursprünglich dem Pfandvertrage beigefügt und dadurch der Schuldner mit Hinsicht auf die Execution schlimmer, als er sich nach dem Gesetze über die Schuldbetreibung gestanden haben würde, gestellt, vielmehr die Vereinbarung erst später zu Abwendung des Concurses und somit im Interesse des sonst fallit werdenden Schuldners getroffen wurde, — ferner keine Spur davon, daß letzterer sich gegenwärtig von andern Gläubigern, deren Rechte durch die Vollziehung der betreffenden Bestimmung gefährdet werden könnten,

Digitized by Google

im Rechtstriebe befinde, vorhanden ist, und endlich auch die Befürchtung, es möchte in dem Vertrage eine durch §. 3 des Gesetzes über den Wucher vom 21. Christmonat 1839 verbotene commissorische Uebereinkunft verborgen sein, dadurch beseitigt wird, daß, wie sich aus den an den Recursen ergangenen Aufforderungen, so wie auch aus dem von dem Recurrenten gestellten Begehren ergibt, nicht etwa Ueberlassung der Pfande zur Veräußerung durch den Recurrenten selbst und durch Privatverkauf, sondern Ausfolgung an die Gemeindsbeamtung zur öffentlichen Versteigerung nach stattgefundener Inventarisation verlangt wird und dadurch für amtliche Controle, so wie dafür, daß ein allfälliger Ueberschuß dem Schuldner zugutkomme, hinlänglich gesorgt ist; —

3) daß daher, weil auch sonst ein, eine solche Vereinbarung verbietendes Gesetz nicht vorhanden ist, der erste von dem Bezirksgerichtspräsidenten zu Verweigerung der bei ihm nachgesuchten Verfügung angeführte Grund nicht Stich hält, aber auch der zweite, daß die betreffenden Pfande oder ein Theil derselben der Frau des Schuldners gehören, gesetzt, es sollte dieß thatsächlich richtig sein, ohne rechtliche Bedeutung ist, weil es sich hier nicht um eine auf dem Wege des Rechtstriebes erhaltene, sondern um eine freiwillige Pfandverschreibung handelt, welche der Ehemann vermöge seines Verfügungsrechtes über das Vermögen der Frau, soweit es nicht in Immobilien besteht, gültig hat vornehmen können, wenn er auch allerdings der Frau für jede Verminderung ihres Vermögens verantwortlich ist:: —

beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und daher das Bezirksgerichtspräsidium angewiesen, die nachgesuchte Verfügung zu erlassen; —

2. Trage der Recurse (3.) die Kosten und entschädige den Recurrenten mit 3 Fr. (Justizprot. vom 7. Oct. 1848, Nr. 29.)

Digitized by Google

4. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. In einem Prozesse in Sachen des Recurrenten (G.), als Klägers, gegen R., Beklagten, betreffend Eigenthum, habe das Bezirksgericht Z. unter dem 8. v. M. nach stattgefundenen Parteiverhandlungen ein Beweisdecret erlassen, dem Kläger den Hauptbeweis aufgelegt und das Gesuch desselben, daß dem Beklagten die gleiche Frist zur Production der Beweismittel für den ihm offen gelassenen Gegenbeweis anberaumt werde, abgewiesen, weil der Gegenbeweis auch direct auf Entkräftung des Hauptbeweises gerichtet sein könne, der letztere daher bekannt sein müsse, ehe das Eintreten darauf möglich sei; —

B. Kläger beschwere sich nun

a) über die Abweisung jenes Gesuches, weil dadurch ein Verfahren eingeschlagen werde, welches den im Civilprozesse geltenden Grundsätzen widerspreche, —

b) über die Vertheilung der Beweislast, weil nach den obwaltenden Verhältnissen der Hauptbeweis dem Beklagten hätte aufgelegt werden sollen; —

C. Beklagter halte den Recurs für unzulässig, eventuell den recurrirten Beschluß materiell für gerechtfertigt, und trage auf Abweisung des Recurrenten an; —

D. Der Bericht des Bezirksgerichtes enthalte im Weitern nichts Wesentliches:: —

in Erwägung:

1) Daß, was die Beschwerde über die Festsetzung des Beweisthema und die Verlegung der Beweislast anbetrifft, dieselbe überall nicht Gegenstand eines Recurses bildet, da die Frage, was zu beweisen sei und wer zu beweisen habe, lediglich von der rechtlichen Auffassung des Streitgegenstandes und der Unterordnung des einzelnen Falles unter das Gesetz und sonstige zur Anwendung kommende Rechtsnormen in materieller Beziehung abhängt, bei uns aber

Digitized by Google

feststeht, daß selbstständige Recurse mit Hinsicht auf solche von der untern Instanz in einem vor ihr schwebenden Rechtsstreite gefaßte Beschlüsse, welche sich auf das Materielle beziehen, nicht stattfinden, vielmehr allfällige Beschwerden hierüber bloß mit der Appellation, insoweit solche zulässig ist, geltend gemacht werden können; —

2) daß es sich dagegen rücksichtlich der Verfügung, wonach die Production der Beweismittel für den Gegenbeweis und die Verhandlung darüber von derjenigen für den Hauptbeweis getrennt werden soll, resp. hinsichtlich des Beschlusses, womit das Gesuch des Recurrenten um Abänderung der dießfälligen Schlußnahme abgewiesen wurde, anders verhält, indem es sich hier um die Form des Verfahrens handelt und nach constanter Praxis dießfällige Beschwerden auch im Laufe des Prozesses selbstständig geltend gemacht werden dürfen; —

3) daß nun aber die Beschwerde für begründet zu halten ist, indem die recurrirte Verfügung nicht nur dem bisher immer beobachteten Grundsatze, daß die Verhandlungen über Beweis und zumal directen Gegenbeweis in der Regel und wo nicht entscheidende Gründe, wie namentlich voraussichtliche Ersparung von Zeit und Kosten, eine Ausnahme rechtfertigen, gleichzeitig stattfinden sollen, entgegenläuft, sondern dadurch auch die Bestimmung des §. 69 des Gesetzes über das Gerichtswesen insoweit verletzt wird, als die Trennung der Production der Beweismittel für den Beweis und Gegenbeweis und der Verhandlungen darüber, namentlich wenn die Beweismittel, wie im vorliegenden Falle, mit oder gar wesentlich in Zeugen bestehen, die Ausfällung mehrerer Zwischenurtheile über Erheblichkeit der Beweissätze und Fähigkeit der Zeugen veranlassen könnte, während der citirte Paragraph ausdrücklich vorschreibt, daß wo immer möglich dieses vermieden werden soll:: —

Digitized by Google

mit Einmuth beschlossen:

1. Finde die Beschwerde hinsichtlich der Festsetzung des Beweisthema und der Verlegung der Beweislast nicht statt; —

2. Sei dagegen der Recurs über die Verfügung, durch welche die Production der Beweismittel für den Beweis und Gegenbeweis und die Verhandlung darüber getrennt wird, begründet und das Bezirksgericht unter Aufhebung derselben angewiesen, für die Production beiden Parteien die gleiche Frist anzusetzen, auch darüber gleichzeitig verhandeln zu lassen; —

3. Trage Recurrent die eine, Recurse die andere Hälfte der Kosten. (Justizprot. vom 7. Oct. 1848, Nr. 30.)

---

5. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Im Concurse des K. habe Recurrent B. eine grundversicherte Forderung von 8000 fl. angemeldet und sodann an die Auffallskanzlei (Notariatskanzlei K.) das Gesuch gerichtet, daß

a) den gegenwärtigen Eigenthümern der Briefunterpfande angezeigt werde, daß sie in der Lage von Geschreiten sich befinden, mit der Aufforderung, binnen Frist sich zu erklären, ob sie die Unterpfande behalten und theils die verfallenen Zinse und Kosten sofort bezahlen, theils für Bezahlung des Capitals selbst auf Martini d. J., auf welchen Termin dasselbe dem Cridar gekündet worden sei, Caution bestellen wollen, unter der Androhung, daß Stillschweigen als Verzicht auf ihr Eigenthum und ihre dießfälligen Rechte ausgelegt würde, —

b) den nachgehenden grundversicherten Gläubigern Frist zu Zugs- und Ueberschlagserklärungen angesetzt werde; —

B. Da diesen Begehren keine Folge gegeben worden, habe sich Recurrent unter dem 9. August d. J. beschwerend an das Bezirksgericht gewendet; —

Digitized by Google

C. Diese Beschwerde habe der Notar S. dahin beantwortet: Der Cridar habe im Jahre 1847 seine sämmtlichen Liegenschaften, auf welchen die Forderung des Recurrenten, so wie eine in ihrem Range nachgehende Forderung im Betrage von 1100 fl. versichert seien, verkauft, und es seien bei der Fertigung diese Capitalien den Käufern vollständig angewiesen, auch für den Kaufrest auf neun Käufer Kaufschuldbriefe im Gesammtbetrage von 3994 fl. 20 fl. errichtet worden; im Concurse sei die Forderung des Recurrenten unter die laufenden locirt worden, weil die Unterpfande, welche in das Eigenthum Dritter übergegangen seien, nicht mehr als Massagut haben betrachtet werden können; er (S.) halte das Begehren des Recurrenten noch um so eher für unbegründet, als die Forderung des Letztern nach dessen eigener Anerkennung erst auf Martini d. J. zahlbar sei; —

D. Durch Beschluß vom 24. August d. J. habe das Bezirksgericht die Beschwerde als unbegründet erklärt, weil zur Zeit noch ungewiß sei, ob die Eigenthümer der Briefsunterpfande oder ein anderer Creditor Schuldner des Recurrenten werde; —

E. Hierüber beschwere sich nun Recurrent und erneuere seine Begehren; die weitläufige Recursschrift enthalte indeß zur Begründung nichts Wesentliches; —

F. Das Bezirksgericht und die Notariatskanzlei beziehen sich auf das Fact. C Angeführte, und Ersteres füge noch bei: Auf das zweite Begehren könne zur Zeit nicht eingetreten werden, da über mehrere Forderungen, für welche das Ueberschlagsrecht vorbehalten worden, Streit entstanden und die dießfälligen Prozesse noch nicht erledigt seien:: —

in Erwägung:

1) Daß, da die beiden Schuldbrieforderungen des Recurrenten und des ihm Nachgehenden von 8000 fl., resp. 1100 fl., an den Cridar außer Zweifel stehen und ein Prozeß über specielle Privilegien an Liegenschaften nicht obwaltet, Recurrent nach §. 11 des Con-

Digitized by Google

cursreglementes zu verlangen berechtigt ist, daß zum Zugsverfahren geschritten werde, soweit nicht besondere in dem Concurse sich ergebende Verhältnisse einen weiteren Aufschub erforderlich machen; —

2) daß nun die Verhältnisse folgende sind: Die Unterpfande der beiden in Erw. 1 bezeichneten Schuldbriefe sind in Folge Verkaufs durch den Cridar ins Eigenthum Dritter, denen zwar die Forderung des Recurrenten überbunden wurde, ohne daß er sie indeß als Schuldner angenommen haben will, gekommen; der Cridar wurde hiebei gegenüber neun dieser Käufer Pfandgläubiger für den betreffenden Kaufrest; ungewiß ist zur Zeit noch, welche der Gläubiger des Cridars diese Kaufschuldbriefe erhalten werden; —

3) daß dieses letztere Verhältniß zunächst die Anordnung des Zugsverfahrens nicht hindert, da die in Erw. 1 bezeichneten Schuldbriefgläubiger vor Allem aus die Unterpfandseigenthümer zu geschreien haben und nun, sofern diese ziehen wollen, jede weitere Schwierigkeit wegfällt; —

4) daß dasselbe einen Aufschub im Zugsverfahren dann, aber auch erst dann herbeiführen würde, wenn auf die in Erw. 3 angeführte Geschreiung hin die Unterpfandseigenthümer fliehen würden, da alsdann die in Erw. 1 bezeichneten Schuldbriefgläubiger den oder die Eigenthümer der Kaufschuldbriefe zu geschreien hätten, nun aber eben noch ungewiß wäre, welche der Gläubiger des Cridars dieselben erhalten werden; —

5) daß das Bezirksgericht als von einem Hinderniſſe, zum Zugsverfahren zu schreiten, davon spricht, es haben sich Gläubiger das Ueberschlagsrecht bevorrechteter Forderungen vorbehalten, und über deren Forderungen sei noch Streit; —

6) daß nun aber mit Rücksicht auf die hier vorhandenen Rechtsverhältnisse, wo die sämmtlichen Unterpfande der Schuldbriefe auf den Cridar im Eigenthume Dritter sind, dieser Umstand nur

Digitized by Google

einen der Gründe, aus welchen ungewiß ist, welche Gläubiger des Cridars die zu seinen Gunsten errichteten Kaufschuldbriefe erhalten werden, bilden kann, derselbe aber nach Erw. 3 zunächst die Anordnung des Zugsverfahrens nicht hindert; —

7) daß mithin den Eigenthümern der Unterpfande der in Erw. 1 bezeichneten Briefe zugleich unter Anzeige, daß Recurrent gemäß Aufkündung an den Cridar Abzahlung seines Schuldbriefes auf Martini d. J. verlange, Frist anzusetzen ist, um sich darüber, ob sie ziehen oder die gekauften Grundstücke fahren lassen wollen, auszusprechen und sonst diejenigen Erklärungen, die sie ihrem Interesse für angemessen halten, abzugeben, unter der Androhung, daß Stillschweigen binnen Frist für Anerkennung des Geschreinungsverhältnisses und Uebernahme des Zuges, so wie Anerkennung der Verpflichtung, das Capital auf Martini d. J. abzuzahlen, angenommen würde; —

8) daß dagegen das Begehren des Recurrenten, daß diesen Eigenthümern auf den Fall des Zuges eine Garantieleistung für die Abzahlung seines Schuldbriefes auf Martini d. J. aufgegeben werde, jedes Rechtsgrundes ermangelt; ebenso wenig statthaft ist, den dem Recurrenten nachgehenden grundversicherten Gläubigern gleichzeitig Frist zur Zugserklärung anzusetzen, da das weitere Verfahren von der Erklärung des Geschreiten abhängt:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs in dem Sinne begründet, daß das Bezirksgericht Bülach angewiesen wird, gemäß Erw. 7 zu verfahren, wobei dann, sofern die Geschreiten ihre Grundstücke fahren lassen würden oder sonst in ihren Erklärungen irgend Etwas enthalten wäre, was die sofortige Zugszufertigung an dieselben und damit die Erledigung der Sache hindern würde, hievon dem Recurrenten und dem ihm nachgehenden Schuldbriefgläubiger zu deren Verhalt und Stellung weiterer Begehren ungesäumt Kenntniß zu geben ist; —

Digitized by Google

2. Habe Recurrent die Ausfertigungsgebühren zu bezahlen. (Justizprot. vom 31. October 1848, Nr. 1)

---

6. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Recurrent, welcher dem Gemeinderath K. E. ab Fahrenwaltsperg bei Bärentschweil eine laufende Forderung von 200 fl. auf Martini d. J. gekündet habe, sei, unter der Behauptung, daß E. den Concurs vorzubereiten scheine und namentlich beabsichtige, seine sämmtlichen Mobilien und Immobilien an seine Ehefrau abzutreten, bei dem Bezirksgerichte H. mit dem Gesuche eingekommen, daß dem E. die Notariatsprotokolle geschlossen werden; —

B. Das Bezirksgericht habe durch Beschluß vom 7. v. M. das Gesuch abgewiesen, weil die Voraussetzungen, unter welchen nach §. 7 und 8, Thl. IV. des Stadt- und Landrechtes der Arrest sich rechtfertige, hier nicht vorhanden seien; —

C. Gegen diesen Beschluß recurrire nun Herr Procurator Schoch Namens des S., indem er für die Fact. A angeführte Behauptung den Beweis anbiete und bemerke, es sei E. an der beabsichtigten Uebertragung seiner Liegenschaften auf seine Ehefrau nur durch den hohen Rechtstrieb gehindert worden, was ebenfalls zu beweisen sei; —

D. E. trage auf Verwerfung des Recurses an, weil ein Arrestgrund nicht vorhanden sei und er niemals beabsichtigt habe, seine Gläubiger in Verlust zu bringen; —

E. Das Bezirksgericht erkläre, daß es sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe:: —

in Erwägung:

1) Daß vorläufig dem Gesuche des Impetranten um Kanzleisperre gegen den Impetraten, welcher jenem anerkanntermaßen eine laufende, mit Martini d. J. fällig werdende Forderung von

Digitized by Google

200 fl. schuldig ist, entsprochen werden darf, da unter das allgemeine, dem §. 8, Thl. IV. des Stadt- und Landrechtes „von den Arresten" zu Grunde liegende Princip der Fall wol unzweifelhaft auch gehört, wenn der Schuldner sein Vermögen auf verdächtige Art veräußert, hierunter nun aber die beabsichtigte und bis dahin nur wegen hoher Schuldbetreibung unterbliebene Abtretung aller Mobilien und Immobilien von Seiten des Schuldners an seine Ehefrau gehören dürfte, und nun dieses, von dem Impetraten in der Recursschrift bestimmt behauptete Verhältniß von dem Gegner in der Antwort wenigstens ausdrücklich nicht bestritten worden ist; —

2) daß im Uebrigen es richtig erscheint, dem Impetranten zugleich Frist zur Einreichung der friedensrichterlichen Weisung Behufs Rechtfertigung des Beschlages anzusetzen, unter der Androhung, daß sonst der vorläufig verhängte Beschlag wieder aufgehoben würde :: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und daher unter Aufhebung des recurrirten Beschlusses das Bezirksgericht H. angewiesen, dem Begehren vorläufig zu entsprechen, zugleich unter Fristansetzung im Sinne der Erw. 2; —

2. Trage Impetrat einstweilen die Kosten. (Justizprot. vom 31. Oct. 1848, Nr. 3.)

---

7. Die Veräußerung der streitigen Sache während des Prozesses vermag die Rechte der Gegenpartei, den angehobenen Prozeß allfällig mit dem neuen Erwerber fortzusetzen und zum endlichen Entscheide zu bringen, nicht aufzuheben, vielmehr gibt sie ihr nur die Befugniß, den gegenwärtigen Inhaber des Streitobjectes zur gerichtlichen Erklärung anzuhalten, ob er selbst den Prozeß aufnehmen und fortführen oder dieß zu thun seinem

Digitized by Google

Vorgänger in der Art überlassen wolle, daß dessen Handlungen oder Unterlassungen, so wie das allfällig ergehende Urtheil auch für ihn verbindlich seien. (Justizprot. vom 31. Oct. 1848, Nr. 6.)

---

8. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Herr altCantonsrath R. B. in R., welcher mit Rechtsbot vom 19. September 1848 von Herrn Fürsprech Klauser Namens der Recurrentin für 20 fl. als zwei mit Martini 1846 und 1847 verfallene Zinse von 200 fl. Capital betrieben worden sei, habe unter Bestreitung der Schuldpflicht Rechtsvorschlag ausgewirkt; —

B. Gestützt auf ein Zeugniß der Notariatskanzlei P. vom 11. d. M., dahin gehend, daß im Concurse über H. H. B., Rudolfen sel. Sohn auf Batzenegg, Gem. Sternenberg, der gegenwärtige Creditor eines 200 fl. haltenden Schuldbriefes von Martini 1781, ursprünglich zu Gunsten Heinrich Kägi in Heiletsegg, nicht habe ausgemittelt werden können, daß daher im Auffallsprotokolle für dieses Capital vier und der laufende Zins verwahrt worden seien, und daß dieser Brief identisch sei mit demjenigen, hinsichtlich dessen die Recurrentin den Züger der Unterpfande, Hrn. R. B., für Zinse in Anspruch nehme, habe Herr Klauser Rechtsöffnung verlangt, sei aber laut Bescheides des Bezirksgerichtspräsidiums Z. vom 6. d. M. mit diesem Begehren abgewiesen worden, weil, angenommen auch, das dem Angesprochenen in seinem Zugbriefe überbundene Capital von 200 fl. laut Schuldbriefes von Martini 1781, ursprünglich zu Gunsten Hrn. Heinrich Kägi auf Heiletsegg, sei wirklich identisch mit denjenigen 200 fl., von welchen die Ansprecherin Zinse fordere, der Zugbrief von ausstehenden Zinsen Nichts enthalte, die Frage daher, ob der Züger solche dennoch zu bezahlen habe, jedenfalls nicht so einfacher Natur sei, um im summarischen Verfahren erledigt werden zu können; —

Digitized by Google

C. Hierüber beschwere sich nun Herr Fürsprech Klauser Namens der Ansprecherin und berufe sich zur Begründung auf das erwähnte Attestat der Notariatskanzlei, indem er ferner bemerke, eine Eingabe in den Concurs habe nicht gemacht werden können, da Frau F. eine Specialladung nicht erhalten habe und ihr die betreffende Person als Schuldner nicht bekannt gewesen sei; übrigens müssen die von der Notariatskanzlei zur Sicherheit des Gläubigers in das Auffallsprotokoll aufgenommenen Zinse auf gleiche Weise auch in dem Zugbriefe des Hrn. B. enthalten sein, da ja sonst die Anmeldung im Concurse total nutzlos wäre; —

D. In dem von Hrn. B. eingelegten Zugbriefe vom 7. August d. J. erscheinen unter den Vorständen unter Anderm: „200 fl. laut Brief dat. Martini 1781 Hrn. Heinrich Kägi auf Heiletsegg", — und sodann heiße es nach Anführung der Vorstände: „Bei denjenigen Posten, bei denen keine alten Zinse angemerkt sind, konnten die gegenwärtigen Creditoren nicht ausgemittelt werden, weil der Fallit nicht im Stande war, dieselben anzugeben"; —

E. Herr B. berufe sich in Beantwortung des Recurses auf diesen Zugbrief, in welchem bei dem Capital von 200 fl. keine ausstehenden Zinse angeführt seien, bestreite übrigens, daß dieses Capital identisch sei mit demjenigen, von welchem die Ansprecherin Zinse fordere; —

F. Das Bezirksgerichtspräsidium Z. erkläre, daß es sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe:: —

in Erwägung:

1) Daß durch das Zeugniß der Notariatskanzlei P. vom 11. October d. J. hergestellt ist, daß der im Zugbriefe des Betriebenen demselben angewiesene Schuldbrief von 200 fl. dat. Martini 1781, ursprünglich zu Gunsten des Heinrich Kägi auf Heiletsegg, der jetzt der Recurrentin zustehende sei; —
2) daß die Nichtanmeldung zweier mit Martini 1846 und 1847 verfallener Zinse dieses grundversicherten Capitals im Concurse des

Digitized by Google

Hrn. H. B. von Seiten der Recurrentin Ausschluß derselben mit diesen verfallenen Zinsen von der vorhandenen Masse jedenfalls nicht bewirken könnte, da nach dem erwähnten Zeugnisse Specialladung an den Schuldbriefgläubiger, resp. die Recurrentin, nicht erlassen worden war; —

3) daß übrigens der Züger, ohne daß im vorliegenden Falle von einer weiteren Wahl desselben die Rede sein könnte, diese Zinse zu bezahlen hat, da die Notariatskanzlei, welche an den Schuldbriefgläubiger Specialladung hatte erlassen wollen, dann aber dieses unterließ, weil sie die Person desselben nicht ausmitteln konnte, unter richtiger Berücksichtigung des Verhältnisses, daß nun derselbe mit den verfallenen Zinsen nicht ausgeschlossen werden könnte, von sich aus im Auffallsprotokolle vorgemerkt hat, es bleiben die verfallenen Zinse, soweit solche noch grundversichert seien und ausstehen sollten, verwahrt, wodurch Demjenigen, welcher später sich zum Zuge erklärte, auf genügende Weise kund gethan wurde, daß auf seinen Zug auch noch Zinse fallen, sofern solche noch ausstehen, und daher dieser es sich selbst beizumessen hätte, sofern er ohne vorherige Einsicht des Auffallsprotokolles den Zug erklärt haben sollte, in welchem Zusammenhange dann auch die Bedeutung des Vormerkes im Zugbriefe, es haben die gegenwärtigen Gläubiger bei denjenigen dem Züger überbundenen Schuldbriefen, bei denen alte Zinse nicht angemerkt seien, nicht ausgemittelt werden können, obgleich diese Art sich auszudrücken an und für sich nicht klar wäre, nicht zweifelhaft sein kann, und dahin geht, weil bei jenen Schuldbriefen die Gläubiger nicht auszumitteln gewesen seien, und daher Specialladung an dieselben nicht stattgefunden habe, verbleibe es bei der im Auffallsprotokolle durch den Notar vorgemerkten Verwahrung allfälliger ausstehender Zinse, soweit solche noch grundversichert:: —

durch Stimmenmehrheit beschlossen:

Digitized by Google

1. Sei der Recurs begründet und seien die Rechte gegen den Betriebenen zu öffnen für 20 fl. als zwei mit Martini 1846 und 1847 verfallene Zinse des der Recurrentin zustehenden Schuldbriefes von 200 fl. dat. Martini 1781; —

2. Trage der Angesprochene die Kosten. (Justizprot. vom 2. Nov. 1848, Nr. 5.)

---

9. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Auf den Bericht der Notariatskanzlei R., daß der von dem Recurrenten rechtlich ausgetriebene J. A., Conraden von St., dessen Verrechtfertigung auf den 1. November 1848 angesetzt sei, im eidgenössischen Militärdienste sich befinde, habe das Bezirksgericht R. durch Beschluß vom 7. October mit Rücksicht auf die obergerichtliche Verordnung vom 29. October 1847 die Vollziehung des Concurses bis nach der Rückkehr des A. aus dem Militärdienste sistirt; —

B. Gegen diesen Beschluß recurrire nun Herr Fürsprech Spöndli Namens des Hrn. F.-U. und stelle das Gesuch, daß derselbe aufgehoben und dem Concursverfahren der Fortgang gelassen werde, weil

a) A. zur Zeit der Durchführung des Rechtstriebes sich noch nicht im Militärdienste befunden habe, —

b) die angerufene Verordnung vom 29. October v. J., wie sich aus deren Einleitung ergebe, schon längst außer Kraft getreten, gesetzliche Moratorien für Dienstpflichtige aber bei uns unbekannt seien; —

C. Nach einem Auszuge aus dem Protokolle des Schuldenschreiberamtes R. sei die Anzeige von der Durchführung der Betreibung schon am 15. September d. J. erfolgt; —

D. Die Kanzlei des Kriegsrathes berichte, daß das Bataillon Benz am 25. September in den eidgenössischen Dienst einberufen worden sei:: —

Digitized by Google

in Erwägung:

1) Daß die allgemeine obergerichtliche Verordnung vom 29. October v. J., auf welche das Bezirksgericht den recurrirten Beschluß stützt, im Auftrage der gesetzgebenden Behörde des Cantons (Großrathsbeschluß vom 25. gl. M.) lediglich mit Rücksicht auf die damaligen besonderen Verhältnisse, nämlich „die beträchtlichen Truppenaufgebote, die um der gegenwärtigen (zu jener Zeit eingetretenen) ernsten Lage des Vaterlandes willen stattgefunden haben und noch dürften nachfolgen müssen" (Worte des citirten Großrathsbeschlusses) ist erlassen worden und daher mit dem Augenblicke, wo jene Verhältnisse zu existiren aufgehört haben, namentlich die von der Tagsatzung gegen die sog. Sonderbundscantone verfügte Execution ihr Ende erreicht hatte, und die zu diesem Zwecke oder bei dieser Veranlassung in eidgenössischem oder cantonalen Dienst einberufen gewesenen Truppen wieder entlassen worden waren, außer Kraft treten mußte, so zwar, daß auch nicht einmal an eine analoge Anwendung für künftige ähnliche Fälle gedacht werden kann, weil jene Verordnung Bestimmungen enthält, welche, als die gerichtliche Competenz weit überschreitend und ausschließlich der Gesetzgebung anheimfallend, ihre Gültigkeit nur in der dem Obergerichte von dem Großen Rathe ertheilten Ermächtigung, die sich aber auf die damalige specielle Veranlassung beschränkte und mit derselben wegfiel, finden konnte, abgesehen hievon aber zur Rechtfertigung des recurrirten Beschlusses schon darum auf die fragliche Verordnung kaum abgestellt werden könnte, weil dieselbe in Art. 2 nur von denjenigen Concurseröffnungen, welche nach der Einberufung in den Militärdienst stattgefunden haben, bestimmt, daß sie bis nach Entlassung der Betreffenden aus dem Dienste zu sistiren seien, während hier, wie unten zu zeigen sein wird, die Concurseröffnung gegen J. A. aller Wahrscheinlichkeit nach schon vor dessen Eintritt in den Militärdienst stattgefunden hat; —

Digitized by Google

2) daß daher gegenwärtig mit Hinsicht auf die Betreibung von Personen, welche in eidgenössischem Kriegsdienste sich befinden, nur die in den obergerichtlichen Beschlüssen vom 22. September 1831, 8. April 1845 (letzterer abgedruckt in Schauberg, Beiträge, Bd. VI. S. 291) und 7. October 1847 und mit besonderem Bezuge auf die Zulässigkeit der Sistirung eines gegen eine solche Person eingeleiteten Concurses die in dem Beschlusse vom 10. April gl. J. (abgedruckt ibid. S. 292) aufgestellten Grundsätze zur Anwendung kommen können, hienach aber einem Concurse, welcher im Zeitpunkte der Einberufung der betreffenden Person in den eidgenössischen Dienst bereits eröffnet war, der Fortgang gelassen werden muß, während im entgegengesetzten Falle die Concurseröffnung einstweilen nicht stattzufinden hat, sondern Dem „oder Denjenigen, von dem der im Dienste Befindliche ausgetrieben wurde", von der Sachlage Kenntniß zu geben und zu überlassen ist, sich mit dem Begehren um geeignete, an den Betriebenen zu erlassende Aufforderung an das Gericht zu wenden; —

3) daß nun im vorliegenden Falle, da gemäß des bei den Acten befindlichen Auszuges aus dem Protokolle der Schuldenschreiberkanzlei die Anzeige von der geschehenen Durchführung der Schuldbetreibung schon am 15. September erfolgte, während die Einberufung des Bataillons Benz (des einzigen aus hiesigem Cantone, das sich, so viel hierorts im Wissen, gegenwärtig in eidgenössischem Dienste befindet und bei dem daher der Betriebene ohne Zweifel stehen wird) gemäß Attestates der Kriegsrathskanzlei erst am 25. gl. M. stattfand, zwar wahrscheinlich ist, es sei die Concurseröffnung noch vor der Zeit der Einberufung geschehen (wie denn auch im factischen Theile des recurrirten Beschlusses von der auf den 1. November angesetzt gewesenen Collocation die Rede ist, was wieder auf eine nicht erst am Ende des Monats September oder noch später erfolgte Concurseröffnung schließen läßt) und hienach

Digitized by Google

der Fortsetzung des Concursverfahrens gemäß Erw. 2 Nichts im Wege stände, indeß dieß dem Bezirksgerichte gegenwärtig bestimmt aufzutragen wegen mangelnder Gewißheit des Sachverhaltes nicht angemessen wäre:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs in der Hauptsache begründet und daher unter Aufhebung des recurrirten Beschlusses das Bezirksgericht angewiesen, im Sinne der Erw. 2 zu verfahren; —

2. Trage Recurrent einstweilen die ihn betreffenden Ausfertigungskosten. (Justizprot. vom 2. November 1848, Nr. 11.)

---

10. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Herr Schinz-Barbot, Namens Frau Pfarrer Sulzer, geb. Heß, dahier, habe den Abraham Manz, Abrahamen Sohn in Marthalen, für 5 fl., als einen Zins von 100 fl. Capital, verfallen mit Maitag 1847, bis zum Auffalle betrieben und sodann auf den Bericht der Notariatskanzlei Feuerthalen vom 25. Mai d. J., daß Manz bereits unter dem 24. Januar d. J. verrechtfertigt worden und schon im April 1847 die 4 Vierling Wiesen auf dem Riet, auf welchen das Capital von 100 fl. laut Schuldbriefes von Maitag 1826, ursprünglich zu Gunsten Herrn Pfarrer Christoph Sulzer in Marthalen, und 25 fl. laut Transfix von Lichtmeß 1835 hafte, unter Ueberbindung dieser Schuld an den Recurrenten verkauft habe, den Letztern für 10 fl. als den mit Maitag 1847 und 1848 verfallenen Zins, nebst 1 fl. 14 ß. als die durch die Betreibung des Manz entstandenen Kosten in den Rechtstrieb genommen, wogegen von dem Angesprochenen Rechtsvorschlag ausgewirkt worden sei; —

B. Auf Begehren des Ansprechers habe das Bezirksgerichtspräsidium Andelfingen am 18. v. M. die Rechte für die 10 fl. Zins wieder geöffnet,

Digitized by Google

worüber sich nun Recurrent beschwere, gestützt darauf, daß er, wie aus seinem Kaufbriefe vom 2. November 1847 hervorgehe, das betreffende Grundstück erst an diesem Tage und nicht schon im April 1847, auch nicht von Manz, sondern von Joh. Nägeli, Gabelmacher in Marthalen, gekauft und dieser dabei die Verzinsung bis Martini 1847 übernommen habe, so daß für ihn (den Recurrenten) der erste Zins mit Martini 1848 verfalle; —

C. In Beantwortung des Recurses beziehe sich Herr Fürsprech Schinz Namens der Ansprecherin auf den Fact. A erwähnten Bericht der Notariatskanzlei Feuerthalen vom 25. Mai d. J., und bemerke ferner: Wenn auch die Darstellung des Recurrenten, obwol dieselbe mit diesem Berichte im Widerspruche stehe, richtig sein sollte, so glaube er dennoch mit Rücksicht auf die Bestimmungen des §. 59, S. 164 des Stadt- und Landrechtes, daß die Creditorschaft sich für die verfallenen Zinse an den gegenwärtigen Besitzer des Unterpfandes halten könne, denn sie habe weder von der angeblichen Handänderung zwischen Manz und Nägeli noch von derjenigen zwischen Nägeli und Haug Kenntniß gehabt und sei mit dem Nägeli nie in irgend ein obligatorisches Verhältniß getreten, jedenfalls aber könne ein Vertrag zwischen Nägeli und Haug sie auf keine Weise binden; —

D. Herr Bezirksgerichtspräsident Arbenz erkläre, daß er sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe; —

E. Unter dem 4. d. M. habe die Justiz-Commission provisorische Rechtsstellung verfügt:: —

in Erwägung:

1) Daß durch den vom 2. November v. J. datirten, von dem Recurrenten im Originale eingelegten Kaufbrief über diejenigen 4 Vrlg. Wiesen, auf welchen die ursprünglich dem Hrn. Pfarrer Christoph Sulzer in Marthalen laut Schuldbriefes von Maitag 1826 und Transfires von Lichtmeß 1835 zustehenden 125 fl. vorgestellt und mit denen sie dem jetzigen Recurrenten überbunden

Digitized by Google

worden sind, zwar die Behauptung des Letztern, er habe erst damals gekauft, nicht feststeht, indem wol denkbar ist, daß der Kauf auch schon früher geschehen und erst später gefertigt worden sei, hingegen sich doch als richtig herausstellt, theils daß Recurrent nicht von Abraham Manz, sondern von Joh. Nägeli gekauft habe, theils daß ihm die Verzinsung der Vorstände erst von Martini 1847 an sei überbunden worden, so daß die in der von dem Recursen eingesendeten Zuschrift der Notariatskanzlei enthaltene Angabe, es habe Recurrent das Pfandobject schon im April 1847 und zwar von Manz gekauft, auf einem Uebersehen beruhen muß; —

2) daß, wenn nun auch allerdings der Inhaber des fraglichen Schuldbriefes, welcher von dem unmittelbaren Vorgänger des Recurrenten gar nichts gewußt und noch weniger denselben als Schuldner angenommen zu haben scheint, nicht angehalten werden kann, wider seinen Willen sich für die verfallenen Zinse an den Nägeli zu halten, indem ihn die dießfällige Vereinbarung zwischen Nägeli und dem Recurrenten nicht berührt, doch auf der andern Seite auch wieder einleuchtet, daß, weil ein persönliches Schuldverhältniß zwischen ihm (dem Briefinhaber) und dem Recurrenten nur durch die bei Gelegenheit des Nägeli-Haug'schen Kaufvertrages stattgefundene Ueberbindung der Schuld auf Haug und die Annahme dieser Ueberbindung durch den Gläubiger entstanden ist, diese Annahme aber nicht weiter als die Ueberbindung selbst gehen, mithin sich nur auf die seit Martini 1847 verfallenen und verfallenden Zinse beziehen konnte, eine Befugniß des Gläubigers, sich für einen früher fällig gewordenen Zins unmittelbar an den Recurrenten zu halten, nicht existirt, wenn schon er allerdings den Hug zur Uebernahme auch der verfallenen Zinse dadurch hätte zwingen können, daß er, auf der Verrechtfertigung seines bisherigen Schuldners Manz beharrend, den Haug

Digitized by Google

als Inhaber des Pfandobjectes für die ausstehenden Zinse geschreit und dadurch genöthigt haben würde, entweder dieselben vorbehältlich seines Rückgriffes gegen seinen Verkäufer zu übernehmen oder das Eigenthum an dem Pfandobjecte aufzugeben (zu ziehen oder zu fliehen); —

3) daß unter diesen Umständen zur Zeit und bis etwa eine Geschreinung des Recurrenten in einem Concurse, sei es des Manz oder des Nägeli (je nachdem der Creditor für die verfallenen Zinse den einen oder andern glaubt belangen zu können), herbeigeführt sein wird, die Forderung für die bis Martini 1847 verfallenen Zinse nicht liquid und somit die Rechtsöffnung, soweit sie dieselben beschlägt, nicht, wol aber für den Rest gerechtfertigt ist, zumal in Bezug auf diesen Recurrent Nichts, was ihn von der Verpflichtung, zu zahlen, befreien könnte, vorgebracht hat:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs zum Theile begründet und habe es daher bei der provisorisch von der Justiz-Commission verfügten Rechtsstellung mit Bezug auf 7 fl. 20 ß. sein Bewenden, wogegen die Rechtsstellung für 2 fl. 20 ß. als einen halben Zins von Martini 1847 bis Maitag 1848 wieder aufgehoben wird; —

2. Trage Recurrent 1/4, der Recurse 3/4 der Kosten. (Justizprot. vom 31. Oct. 1848, Nr. 11 b.)

---

11. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Friedrich Nagel zur Schönau in Siegen bei Wetzikon sei am 11. Juni 1840 vor Bezirksgericht Hinweil verrechtfertigt worden und suche nunmehr um Rehabilitation nach; —

B. Hinsichtlich der in den Concurs angemeldeten Forderungen liegen gehörige Befreiungsscheine vor; —

Digitized by Google

C. Petent gebe an, daß es ihm theils durch Unterstützung von Freunden und Verwandten, theils durch Arbeit und Verdienst der Haushaltung, indem er seit längerer Zeit eine lucrative Anstellung im Handlungshause des Herrn Weiß zum Braken in Zürich habe, während seine Frau und Töchter mit glücklichem Erfolge einer Privaterziehungsanstalt vorstehen, möglich geworden, seine Creditoren zu befriedigen; —

D. Petent sei wegen betrüglichen und leichtsinnigen Bankerottes unter dem 16. December 1841 von dem Obergerichte zu einer zehnmonatlichen Gefängnißstrafe verurtheilt worden; —

E. Die Staatsanwaltschaft bezeuge, daß Petent fünf Monate von dieser Strafe erstanden habe und daß sodann der Rest wegen Krankheit des Petenten von dem Obergerichte in Eingrenzung in die Kirchgemeinde Wetzikon verwandelt worden sei; ebenso bezeuge Herr Gemeindeammann Weber in Wetzikon, daß seines Wissens Petent die Eingrenzung vollständig erstanden habe; —

F. Das Bezirksgericht Hinweil trage auf Entsprechung des Gesuches an:: —

in Erwägung:

1) daß, wie bisher immer angenommen wurde, Fallite, die wegen betrüglichen oder leichtsinnigen Bankerottes bestraft worden oder in deren Concurs andere gravirende Umstände zum Vorschein gekommen sind, nicht rehabilitirt werden können, und zwar mit Rücksicht auf Art. 1 der Rathsverordnung vom 25. April 1805 (Offic. Gesetzessamml., Bd. III. S. 81); —

2) daß, wenn nun das Bezirksgericht in vorliegendem Falle die Rehabilitation darum für zulässig hält, weil Petent die wegen betrüglichen und leichtsinnigen Bankerottes über ihn ausgefällte Strafe erstanden habe, und sich dafür auf den nämlichen Art. 1 der cit. Rathsverordnung — verbis: „sollen in ihrem Rehabilitationsgesuche so lange abgewiesen werden, bis ihre gänzliche Befreiung von der auf ihnen haftenden Strafe und ihre Purgation auf dem

Digitized by Google

gehörigen Wege Rechtens erfolgt ist" — berufen zu wollen scheint, dieser Ansicht keineswegs beigetreten werden kann, indem unter der „Befreiung von der Strafe" unmöglich ein Abstehen, Ausstehen derselben verstanden werden kann, sondern damit unzweifelhaft ein Aufheben der Strafe in Folge einer Revision des Urtheiles gemeint ist, worauf namentlich auch die Worte: „Purgation auf dem gehörigen Wege Rechtens" hindeuten:: —

mit Stimmenmehrheit beschlossen:

1. Sei das Gesuch abgewiesen; —

2. Trage Petent die Ausfertigungskosten. (Justizpr. vom 4. Nov. 1848, Nr. 1.)

---

12. Das Obergericht hat, nach Einsicht einer Zuschrift des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. d. M. und der Beilagen,

da sich ergeben:

A. Die Gemeindeammänner des Bezirkes Zürich haben mit Hinsicht auf die Errichtung freiwilliger Pfandscheine die Einfrage bei dem Bezirksgerichte gestellt, ob der Schuldner schon als am Rechtstriebe sich befindend zu betrachten sei, sobald der Schuldenschreiber eine Rechtstriebangabe auf denselben besitze, oder erst dann, wenn ihm das Rechtsbot angelegt werde oder wenigstens dasselbe in Handen des Gemeindeammannes liege; —

B. Das Bezirksgericht Zürich habe durch Beschluß vom 1. d. M. diese Einfrage dahin beantwortet,

a) daß mit Rücksicht auf die Frage, wenn ein Schuldner als am Rechtstriebe sich befindend zu betrachten sei, offenbar nicht das Datum der Rechtstriebangabe, sondern nur das Datum der Ausfertigung des Rechtsbotes entscheidend sein kann, wie dieses aus §. 14 Lemma 2 des Gesetzes betreffend die Schuldbetreibung unzweifelhaft sich ergibt, wo mit klaren Worten gesagt ist, daß die Ausfertigung des Rechtsbotes (nicht etwa die Rechtstriebangabe)

Digitized by Google

bewirke, daß während der ganzen Dauer der Betreibung des Schuldners keine freiwillige Pfandverschreibung beweglicher Vermögensstücke durch das Pfandbuch mehr vorgenommen werden könne, wenn nicht von dem Gläubiger die Einwilligung zur Verpfändung gegeben werde, —

b) daß indessen der Gemeindeammann dennoch befugt ist, demjenigen Schuldner, der eine freiwillige Pfandverschreibung errichten will, ein Attestat auszustellen, daß er sich nicht am Rechtstriebe befinde, bis er sich im Besitze des auf den Schuldner ausgefertigten Rechtstriebes befindet, zumal, so lange dieses nicht der Fall ist, er keinen Grund hat, anzunehmen, daß der Schuldner am Rechtstriebe stehe, und die Errichtung der Pfandverschreibung zu verhindern; —

C. Das Bezirksgericht übermache diesen Beschluß dem Obergerichte, indem es dessen Verfügung hierüber gewärtige:: —

mit Einmuth beschlossen:

Sei der fragliche Bescheid des Bezirksgerichtes Zürich genehmigt. (Justizprot. vom 7. Nov. 1848, Nr. 13.)

---

13. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Ein (eigener) Wechsel auf David Hollenwäger in Seebach und dessen Ehefrau zu Gunsten Hrn. J. Fritschi, Bäcker daselbst, im Betrage von 45 fl. 26 ß. vom 8. Januar d. J. sei unter dem 4. August d. J. durch Indossement an den Recurrenten gelangt; —

B. Gegen die für 36 fl. 7 ß. als Rest des Wechselbetrages angehobene Betreibung sei für die Ehefrau Hollenwäger Rechtsvorschlag ausgewirkt worden, und das Bezirksgerichtspräsidium Zürich habe laut Verfügung vom 20. v. M. das Gesuch um Rechtsöffnung abgewiesen; —

C. Hierüber beschwere sich nun Herr Procurator Bucher Namens

Digitized by Google

des Ausprechers, welcher, wie Herr Bucher dießfälliger Aufforderung zufolge erkläre, Jude sei:: —

in Erwägung:

1) Daß gemäß der §§. 1 u. 2 der Rathsverordnungen vom 16. Mai 1804 und 27. Juni 1809, deren fortdauernde Gültigkeit nach §. 13 des Gesetzes über das Gewerbswesen vom 9. Mai 1832 außer Zweifel steht, den Juden „alle Einmischung in Schuldsachen (ausgenommen im Merkantilischen) gänzlich untersagt ist" und die Gerichte im Uebertretungsfalle ihnen „durchaus kein Recht zu halten" angewiesen sind; —

2) daß, wenn nun auch nicht jeder Erwerb eines Forderungsrechtes als ein solches „Einmischen in Schuldsachen" anzusehen ist, doch wol unter jenes Verbot zu fallen und als ein „Einmischen" aufgefaßt werden zu müssen scheint, der Erwerb einer bereits (zu Gunsten eines Christen) bestehenden Forderung von Seite eines Juden (vgl. z. B. Erw. 5 des obergerichtlichen Urtheiles vom 2. März 1844 i. S. Bernheim c. Peter, abgedruckt in Schauberg, Beiträge, Bd. V. S. 224 ff.) und diese Verhältnisse im vorliegenden Falle eintreten, indem
   a) der in Rede stehende Wechsel zu Gunsten eines Christen ausgestellt,
   b) Recurrent, auf den der Wechsel übertragen wurde, ein Jude ist, und
   c) endlich nach der eigenen Darstellung des Recurrenten das betreffende Rechtsverhältniß nicht auf Handelsverkehr sich gründet; —

3) daß somit ganz abgesehen von der Richtigkeit und Zulänglichkeit der in dem recurrirten Bescheide angeführten Gründe, mit Rücksicht auf die in der citirten Verordnung vorfindliche absolute und daher von Amtes wegen in Berücksichtigung fallende Bestimmung die Forderung als liquid und zur Rechtsöffnung geeignet nicht erscheint:: —

Digitized by Google

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet; —

2. Trage Recurrent die Kosten. (Justizprot. vom 7. Nov. 1848, Nr. 4)

---

14. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Im Concurse des Färbers Wild in Goßau habe Küfer Jacob Homberger daselbst als grundversicherter Creditor während der reglementarischen Bedenkzeit verlangt, daß ein allfälliger Ueberschläger sich darüber ausweise, daß er dem Zuge gewachsen sei; —

B. Herr Utzinger, welcher als Vogt der Ehefrau des Cridars den Zug der Liegenschaften erklärt habe, sei durch Gerichtsbeschluß aufgefordert worden, jenen Ausweis beizubringen, habe aber um Aufhebung dieses Beschlusses nachgesucht, weil Homberger das Recht, den fraglichen Ausweis zu verlangen, sich am Collocationstage nicht vorbehalten habe und daher zu einem solchen Begehren gar nicht mehr befugt sei; —

C. Das Bezirksgericht Hinweil habe indeß durch Beschluß vom 12. v. M. dem Herrn Utzinger eine neue Frist zu dem bezeichneten Zwecke anberaumt, worüber sich derselbe beschwere, indem er zur Begründung bemerke:

a) Nach dem Concursreglemente müssen die Creditoren spätestens am Collocationstage alle ihre Erklärungen für ihre Forderungen abgeben (§. 7) und können binnen der Bedenkzeit (§. 8) diejenigen gegen andere Forderungen noch abgegeben werden; wenn daher ein Creditor den fraglichen Ausweis am Collocationstage verlange, so könne nur bis am Ende der Bedenkzeit dagegen Protestation erhoben werden, und da später nicht mehr protestirt werden könnte, so könne auch ein solches Begehren später als am Collocationstage nicht mehr gestellt werden;

Digitized by Google

b) damit stimme auch die Praxis überein, denn es sei von dem Obergerichte schon wiederholt ausgesprochen worden, daß durch Unterlassung rechtzeitiger Geltendmachung solche Rechte untergehen, während Nichts dafür spreche, daß das Begehren um Ausweis über die Befähigung zum Zuge eine Ausnahme von dieser Regel bilde;

c) endlich sprechen auch für seine (des Recurrenten) Ansicht gewichtige Gründe der Zweckmäßigkeit: Werde nämlich am Collocationstage schon der Ausweis verlangt, so könne, wenn er nicht am Platze sei, dagegen Protestation erhoben werden; der dießfällige Prozeß gehe dann mit den andern und verzögere die Zugszufertigung nicht, während bei dem entgegengesetzten Verfahren eine solche Zögerung eintreten müßte u. s. w.; —

in Erwägung:

1) Daß ein Grund, die Ausübung der einem zu überschlagenden Gläubiger gemäß Stadt- und Landrecht, Thl. X. § 64, zustehenden Befugniß, von dem Züger Ausweis darüber, daß er dem Zuge gewachsen sei, zu verlangen, auf den Collocationstag oder die darauf folgende reglementarische Bedenkzeit von zehn Tagen zu beschränken, nicht vorhanden ist, indem weder das Gesetz oder die Uebung dieselbe an eine bestimmte, der Zugserklärung des Betreffenden vorausgehende Frist bindet, noch auch das Concursreglement die Ansicht der recurrirenden Partei unterstützt, da der §. 7, auf den sie sich zunächst beruft, offenbar nur Erklärungen, welche sich auf die Regulirung der Masse, die Feststellung oder Vorbereitung der Feststellung der Frage, welche Ansprachen in Bezug auf Dasein, Größe und Rang als anerkannt oder als streitig zu betrachten seien, und das Verhältniß der einzelnen Betheiligten zur Masse beziehen und worunter also das Begehren um Ausweis des dereinstigen Zügers nicht enthalten ist, im Auge hat, während der ferner citirte §. 8 diejenigen Erklärungen, welche während der

Digitized by Google

Bedenkzeit abzugeben sind, speciell, jedoch so bezeichnet, daß sich die jetzt in Rede stehende ebenfalls nicht darunter befindet; —

2) daß übrigens auch, da der zu Ueberschlagende in der Regel sich durch die Verhältnisse des Zügers, resp. seine Kenntniß derselben oder Unbekanntschaft mit ihnen bestimmen lassen wird, ob er den Ausweis fordern wolle oder nicht, es der Natur dieser Befugniß zuwiderlaufe, die Stellung des Begehrens an einen Zeitpunkt zu binden, wo der dereinstige Züger noch nicht bekannt und daher auch zu einem speciellen Gesuche noch keine Veranlassung vorhanden ist, während ein allgemeines, auf jeden allfälligen Züger, wer er immer sein würde, gerichtetes, weder dem Wortlaute, noch dem Geiste des citirten §. 66 des Stadt- und Landrechtes entspräche, noch, indem es regelmäßig größere Weitläufigkeit und oft unnöthige Umtriebe veranlassen und die Züge erschweren würde, im Interesse des Concursverfahrens und der in einem Concurse Betheiligten liegen würde:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet; —

2. Trage Recurrent die Kosten. (Justizprot. vom 7. Nov. 1848, Nr. 7.)

---

15. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Im Concurse des Jacob Furrer, jünger, von Pfäffikon habe dessen Ehefrau Bertha, geb. Fehr, in St. Gallen, verschiedene Fahrhabegegenstände vindicirt, und es sei diese Vindication von den Recurrenten (Herren Joh. William in Zürich, Mettler, Schneider daselbst, J. J. Bühler zum Blumenthal in Winterthur, Joh. Furrer, älter, in Pfäffikon und Procurator Zimmermann daselbst) bestritten worden, weßhalb die Notariatskanzlei Pfäffikon die Sache an das dortige Bezirksgericht gewiesen habe; —

Digitized by Google

B. Bei dem ersten Vorstande habe der Curator ad actum der Klägerin, Herr Proc. Hauser, sich geweigert, auf die Sache einzutreten, weil er weder Prozeßvollmacht noch Instruktion besitze, und sodann bei dem zweiten Vorstande die Competenz der zürcherischen Gerichte bestritten und, gestützt auf die Bestimmungen des Concordates vom 7. Juni 1819, verlangt, daß die Sache dem Bezirksgerichte St. Gallen zur Beurtheilung überwiesen werde, weil die betreffenden Fahrhabegegenstände in St. Gallen im Besitze der Klägerin sich befinden; —

C. Die Beklagten haben sich diesem Begehren widersetzt, weil

a) das citirte Concordat hier keine Anwendung finde, indem es nur von solchen Effecten spreche, die als Fausthabe bei einem Creditor außer dem Cantone sich befinden;

b) eventuell die streitigen Fahrhaben mit Rücksicht auf den bevorstehenden Concurs aus dem Cantone weggeschafft und nach St. Gallen gebracht worden seien, wo sie in einem von dem Cridar gemietheten Locale sich befinden;

c) eventuell die Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte anerkannt worden sei, somit Prorogation stattgefunden habe mit Rücksicht auf folgende Umstände:

1) daß bei Aufnahme des Inventars in St. Gallen ein Vorbehalt wegen des Gerichtsstandes nicht gemacht worden sei, ebensowenig bei der Eingabe in den Concurs;

2) daß Namens der Ehefrau Furrer Forderungen anderer Personen bestritten worden seien;

3) daß bei dem ersten Vorstande am 29. August d. J. die Einrede mangelnder Gerichtszuständigkeit nicht geltend gemacht, sondern neue Vertagung des Prozesses verlangt worden sei;

4) daß auch die Vollmacht der Vormundschaftsbehörden für Hrn. Proc. Hauser davon ausgehe, es müsse der Prozeß vor den zürcherischen Gerichten durchgeführt werden; —

D. Das Bezirksgericht Pfäffikon habe sich durch Beschluß vom

Digitized by Google

26. September d. J. für incompetent erklärt und die Notariatskanzlei beauftragt, den Prozeß durch Ausstellung einer neuen Weisung dem Bezirksgerichte in St. Gallen zuzuweisen; die bisher erlaufenen Kosten seien den Parteien zu gleichen Theilen aufgelegt worden; —

E. Ueber diesen Beschluß beschweren sich nun Herr Proc. Zimmermann in Wetzikon Namens Herrn Bühler in Winterthur und Herr Proc. Zimmermann in Pfäffikon für sich und Namens der übrigen Beklagten aus den Fact. C angeführten Gründen, und verlangen, daß die zürcherischen Gerichte als zuständig erklärt, eventuell die bis dahin erlaufenen Kosten sämmtlich der klägerischen Partei aufgelegt werden, weil Herr Proc. Hauser, der schon vor und bei der Collocation die Interessen der Ehefrau Furrer besorgt habe, alle Veranlassung und Gelegenheit gehabt hätte, die Competenz der St. Gallischen Gerichte in der in Rede stehenden Beziehung rechtzeitig in Anspruch zu nehmen, so daß es sich auch rechtfertige, den Beklagten eine angemessene Entschädigung zu sprechen; —

F. In Beantwortung des Recurses suche Herr Proc. Hauser Namens der Klägerin vorerst die Anwendbarkeit des Concordates vom 7. Juni 1810 auf den vorliegenden Fall zu begründen, und bestreite sodann, daß mit Rücksicht auf den bevorstehenden Concurs die betreffenden Effecten nach St. Gallen geschafft worden seien, glaube auch, daß aus allen für die Prorogation angeführten Umständen eine Anerkennung der Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte keineswegs folge; endlich werde auch mit Bezug auf den Kostenpunkt auf Bestätigung des recurrirten Beschlusses angetragen, da der klägerischen Partei hinsichtlich der Prozeßführung durchaus Nichts zur Last falle, sie namentlich nicht Schuld daran sei, daß beim ersten Vorstande nicht habe verhandelt werden können; —

G. Das Bezirksgericht Pfäffikon berichte, es habe in Erfahrung gebracht, daß Frau Furrer bald nach Neujahr 1848 auf Besuch zu ihren Leuten nach St. Gallen gegangen sei, daß dieser Besuch sich

Digitized by Google

immer verlängert und endlich Furrer selbst entlibet habe, er gehe ebenfalls nach St. Gallen, habe daselbst eine Wohnung gemiethet und wolle dort seinen beständigen Aufenthalt nehmen; bald darauf sei die Fahrhabe nach St. Gallen transportirt worden, allein Furrer sei in Pfäffikon geblieben, bis er die Insolvenzerklärung eingegeben und sich flüchtig gemacht habe; —

H. Unter dem 29. v. M. habe die Justiz-Commission die Vollziehung des vorerwähnten Beschlusses provisorisch sistirt:: —

in Erwägung:

1) Daß das eidgenössische Concordat vom 7. Juni 1810, bestätigt den 8. Juli 1818, welchem die Stände Zürich und St. Gallen beigetreten sind, zweierlei bestimmt:
   a) in §. 1, daß, wenn im einen Canton eine Person in Concurs gerathen ist und dieselbe auch im andern Vermögensobjecte hat, in diesem letztern ein Separatconcurs nicht stattfinden darf, vielmehr auch diese Vermögensobjecte in den im erstern Canton eröffneten Concurs fallen;
   b) in §. 2, daß, wenn nun aber über dingliche Rechte (Eigenthum oder Pfandrechte) an solchen im andern Canton liegenden Vermögensobjecten Streitigkeiten entstehen, dieselben vor den Richter dieses andern Cantons, also desjenigen, in welchem die Vermögensobjecte sich befinden, gehören; —
2) daß auch nach dießseitigem Beschlusse vom 31. August 1844 kein Hinderniß mehr entgegensteht, das fragliche Concordat gegenüber dem Stande St. Gallen in Ausübung zu bringen; —
3) daß, da in dem im hiesigen Cantone über Furrer-Fehr ausgebrochenen Concurse zwischen der Ehefrau des Gemeinschuldners und mehreren Gläubigern desselben über das Eigenthum an gewissen im Cantone St. Gallen befindlichen und nach §. 1 des Concordates in den hier eröffneten Concurs gezogenen Effecten Streit herrscht, derselbe (abgesehen von Prorogation) nach §. 2

Digitized by Google

dieses Concordates vor den Richter im Cantone St. Gallen, wo die Effecten sich befinden, gehört, und, wenn man auch allerdings annehmen darf, daß dieses Concordat keine Anwendung finden würde, sofern die Effecten von dem Ansprecher in Aussicht und mit Rücksicht auf den bevorstehenden Concurs aus dem Cantone weggeschafft worden wären, um sie dem Concursverfahren und der hiesigen Jurisdiction eigenmächtig zu entziehen, aus den Acten gegenwärtig nicht mit Sicherheit zu entnehmen ist, wann und unter welchen Umständen die Frau Furrer sich nach St. Gallen begeben habe, und von den Eheleuten Furrer der Entschluß, ihren Wohnsitz dort aufzuschlagen, gefaßt, die Effecten dorthin transportirt und allfällig ein Wohngemach dortseits gemiethet worden sei, weßhalb zur Zeit ein hinlänglicher Grund, eine bloße Verschleppung zu dem bezeichneten Zwecke und das Concordat als nicht Anwendung findend anzunehmen, nicht vorhanden ist; —

4) daß, angenommen auch, es sollte hier Prorogation überhaupt zulässig sein, nicht vorliegt, daß Namens der Ehefrau Furrer freiwillige Unterwerfung unter die zürcherischen Gerichte mit Bezug auf den Streit über das Eigenthum an den fraglichen, im Canton St. Gallen befindlichen Effecten stattgefunden habe, indem weder eine ausdrückliche dießfällige Erklärung, noch hiefür schlüssige Handlungen vorhanden sind, da die Nichterwähnung darüber, welches Gericht im Falle des Streites competent sei, bei Aufnahme des Inventars in St. Gallen und bei der Eingabe in den Concurs die freiwillige Anerkennung der zürcherischen Gerichtsbarkeit jedenfalls noch nicht enthält, der Umstand, daß Namens der Ehefrau Furrer in den Concurs angemeldete Forderungen anderer Personen bestritten wurden, in dieser Beziehung ganz unerheblich ist, bei dem Vorstande vom 28. August eine Verhandlung, welche auf jene Anerkennung schließen ließe, gar nicht

Digitized by Google

stattgefunden hat, vielmehr lediglich das Begehren gestellt wurde, daß das Geschäft wegen mangelnder Instruction des Anwaltes neuerdings vertagt werde, endlich der Inhalt der Prozeßvollmacht von Seiten der Vormundschaftsbehörden für den Anwalt der Ehefrau Furrer nur dahin geht, vor den zürcherischen Gerichten aufzutreten, hierin aber noch keineswegs liegt, daß der Bevollmächtigte bei seinem Auftreten vor denselben deren Competenz anzuerkennen habe; —

5) daß, die Kosten betreffend, genügende Gründe nicht vorhanden sind, um die von dem Bezirksgerichte getroffene Bestimmung abzuändern; —

6) daß hinsichtlich der Art, wie die Sache ans Bezirksgericht St. Gallen zu überweisen ist, als richtiger erscheint, wenn das Bezirksgericht Pfäffikon, anstatt bloß durch die Notariatskanzlei dem St. Gallischen Gerichte eine Weisung zustellen zu lassen, diesem, zugleich unter Anführung des Sachverhaltes, durch Zuschrift anzeigt, daß die Parteien hinsichtlich des Eigenthumsstreites an den fraglichen, in St. Gallen befindlichen, in die hierseitige Concursmasse des Furrer-Fehr gezogenen Effecten nach Maßgabe des §. 2 des mehrerwähnten Concordates an dasselbe gewiesen seien, und daß es nun die allfällig erforderliche Verfügung darüber treffen möge, ob noch eine weitere besondere Einleitung des Prozesses durch ein Vermittleramt, eventuell durch welches, stattzufinden habe, und es endlich um dereinstige, jedoch möglichst beförderliche Auskunft darüber, ob bei näherer Ermittelung der factischen Verhältnisse die Zuständigkeit der St. Gallischen Gerichte für wirklich begründet angesehen werden müsse, so wie auch, insofern ihre Competenz definitiv sich herausstellen würde, seinerzeit um Mittheilung des rechtskräftigen Urtheiles ersucht werde:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Der Recurs unbegründet, übrigens habe das Bezirksgericht Pfäffikon gemäß Erw. 6 zu verfahren; —

Digitized by Google

2. Tragen die Recurrenten die Kosten. (Justizpr. vom 13. Nov. 1848, Nr. 3.)

---

16. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Auf Begehren des Herrn Caspar Homberger in der Langfuhr bei Goßau, welcher Inhaber eines auf den Liegenschaften des Recurrenten haftenden Kaufschuldbriefes von ursprünglich 826 fl. 10 ß., jetzt nur noch 576 fl. 10 ß. sei, habe das Bezirksgerichtspräsidium Hinweil laut Verfügung vom 4. v. M. dem Recurrenten das Abschlagen von Frucht- und andern auf diesen Liegenschaften befindlichen Bäumen, so wie jede Veränderung der Gebäulichkeiten untersagt; —

B. Auf die Erklärung des Recurrenten, daß er nur einen alten schadhaften Nußbaum wegzuschaffen und an den Gebäulichkeiten keine Veränderungen, welche einen Minderwerth derselben zur Folge hätten, vorzunehmen gedenke, habe das Bezirksgerichtspräsidium unter dem 16. v. M. obige Verfügung dahin modificirt, daß dem Bachofner jede dem Werthe der Gebäulichkeiten nachtheilige Veränderung untersagt bleibe, ebenso das Verbot hinsichtlich des Abschlagens von Fruchtbäumen einstweilen fortbestehe, dem Impetranten aber Frist angesetzt werde, um dießfalls Weisung bei der competenten Behörde einzureichen; —

C. Hierüber beschwere sich nun Recurrent und verlange gänzliche Aufhebung des Verbotes, weil durch das Abschlagen eines alten schadhaften Nußbaumes, so wie durch die Veränderungen, welche er zur bessern Nutzbarmachung der Gebäulichkeiten vorzunehmen gedenke (dieselben sind in der Recursschrift speciell aufgezählt), die Sicherheit für die Forderung des Impetranten nicht nur nicht geschwächt, sondern im Gegentheil vermehrt werde; —

D. In Beantwortung des Recurses erkläre Herr Homberger, daß er gegen das Abschlagen jenes alten Nußbaumes, so wenig als gegen nothwendige und nützliche, den Werth der Gebäulichkeiten vermehrende

Digitized by Google

Veränderungen etwas einwende, daß aber Recurrent bereits durch Abschlagen von unausgewachsenem Holze die Unterpfande geschwächt und ihm (Herrn Homberger) von weiteren Verfügungen gesagt habe, welche den gleichen Erfolg hätten; —

E. Herr Bezirksgerichtspräsident Wolfensberger erkläre, daß er sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe:: —

in Erwägung:

1) Daß zwar einem Pfandberechtigten nicht zugemuthet werden kann, zu dulden, daß der Eigenthümer der verpfändeten Sache mit derselben so verfahre, daß dadurch seine (des Pfandberechtigten) Sicherheit aufgehoben oder vermindert und mithin in sein Recht eingegriffen wird, anderseits aber auch, weil die im Begriffe des Eigenthumes liegende Befugniß, über die Sache nach Belieben zu verfügen, durch ein daran bestehendes Pfandrecht nur insoweit aufgehoben oder beschränkt wird, als sie mit dem Wesen und Zwecke des Pfandrechtes sich nicht verträgt, der Schutz des Pfandgläubigers auch nicht weiter, als zu Erhaltung seines Rechtes erforderlich ist, gehen und namentlich nicht bis zu Behinderung des Eigenthümers in solchen Verfügungen ausgedehnt werden darf, welche der Eigenthümer ohne Gefahr und Nachtheil für das Recht und die Sicherheit des Pfandgläubigers vorzunehmen für gut findet; —

2) daß nun aber auch noch das jetzt recurrirte Verbot vom 16. v. M., ungeachtet dadurch dasjenige vom 4. gl. M. bereits bedeutend modificirt worden ist, mit Bezug auf die unbedingte Untersagung des Schlagens von Bäumen offenbar im Interesse des Pfandgläubigers zu weit geht, indem nicht ausgeführt zu werden braucht, daß nicht nur Wald-, sondern unter Umständen sogar Fruchtbäume ohne Schaden, ja zum Nutzen eines Gewerbes abgethan werden können, während gegen die auf die Gehäulichkeit bezügliche Bestimmung, daß nämlich nur „nachtheilige Veränderungen"

Digitized by Google

derselben dem Recurrenten untersagt sind, wenigstens wegen der Unbestimmtheit und Allgemeinheit des Ausdruckes sich Bedenken erheben, insofern als selbst bei gutem Willen der Parteien wol sofort verschiedene Ansichten darüber, welche Veränderungen für nachtheilig oder nicht nachtheilig zu halten seien, entstehen dürften und so mit diesem Verbote wenig oder Nichts gewonnen sein möchte; —

3) daß daher eine genauere Fassung der Verfügung sich als nothwendig herausstellen würde, wenn nicht mit Rücksicht auf den Inhalt der Beschwerde und der Antwortschrift sich herausstellte, daß mindestens gegenwärtig ein Streit unter den Parteien nicht mehr herrscht und es daher einer weiteren Verfügung nicht, sondern bloß einer Behaftung der Betheiligten bei ihren Erklärungen bedarf, indem

a) hinsichtlich der Bäume Recurrent erklärt, daß er keine andern Bäume als den in den Recursacten näher bezeichneten alten Nußbaum zu schlagen gesonnen sei, der Recurse aber die Beseitigung dieses Nußbaumes ausdrücklich zugibt;

b) rücksichtlich der Gebäulichkeiten und der damit vorgenommenen Veränderungen Recurrent die von ihm beabsichtigten speciell aufzählt mit dem Beifügen, daß er gegenwärtig weitere gar nicht beabsichtige, der Gegner aber in seiner Antwort, zwar bloß im Allgemeinen, versichert, daß er nützlichen Bauten und Verbesserungen sich nicht widersetze, dabei aber mit keinem Worte andeutet, daß er die von dem Recurrenten bezeichneten nicht für nützliche oder, worauf es eigentlich allein ankommt, daß er sie für ihm schädliche, d. h. den Werth seiner Pfande und damit seine Sicherheit vermindernde halte, daher denn auch um so eher angenommen werden darf, er wende gegen diese Veränderungen Nichts ein, lasse sie vielmehr sich gefallen, als in der That nicht eingesehen werden könnte, wie sein Interesse dadurch verletzt werden und welches Recht zur Behinderung er daher haben könnte:: —

Digitized by Google

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs zum Theil begründet und seien unter Aufhebung der recurrirten Verfügung die Parteien lediglich bei ihren Erklärungen im Sinne der Erw. 3 behaftet, vorbehältlich dereinstiger weiterer Schritte des Pfandgläubigers, sofern Recurrent später weitere Veränderungen, durch welche er (der Pfandgläubiger und jetzige Recurse) sich in seinem Rechte verletzt oder bedroht erachten würde, vornehmen wollte; —

2. Trage jeder Theil die Hälfte der Ausfertigungskosten. (Justizpr. vom 13. Nov. 1848, Nr. 6.)

---

17. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Durch schiedsgerichtliches Urtheil vom 25. September v. J. sei dem Herrn J. Pfau, Posamenter in Winterthur, welcher mit den Herren Biedermann-Lenzinger daselbst, Walder-Fierz und L. J. Geufferheld in Mailand eine Societät gebildet habe, die Erfüllung verschiedener Leistungen aufgelegt worden; —

B. Herr Pfau weigere sich, diese Leistungen zu erfüllen, indem er den Schiedsspruch aus verschiedenen Gründen als nichtig anfechte; —

C. Ein Befehl des Bezirksgerichtspräsidiums Winterthur vom 14. October v. J., soweit derselbe auf Erfüllung jener Leistungen gerichtet gewesen, sei in Folge Recurses von dem Obergerichte durch Beschluß vom 15. Nov. v. J. bestätigt worden, weil der Schiedsspruch hinsichtlich der Vollstreckbarkeit dem rechtskräftigen Urtheile gleichstehe, mithin, wie bei diesem ein in Aussicht gestelltes Revisionsbegehren, resp. Nichtigkeitsbeschwerde, so auch bei jenem die in Aussicht gestellte Klage auf Ungültigkeitserklärung in der Regel die Vollziehung nicht aufschiebe; —

D. Herr Pfau habe sich hierauf mit der Nullitätsklage an das Obergericht gewendet, es sei aber dieselbe durch Beschluß vom 24. December v. J. als hier nicht stattfindend erklärt worden, da eine solche

Digitized by Google

Klage bei demjenigen Bezirksgerichte, welches ohne den Schiedsvertrag in der Hauptsache zuständig gewesen wäre, anzubringen sei; —

E. Ein Befehl auf weitere Erfüllung des Schiedsspruches sei durch obergerichtlichen Beschluß vom 1. Februar d. J. bestätigt und Herr Pfau, welcher diesem Befehle keine Folge geleistet habe, durch Urtheil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 3. März d. J. wegen Ungehorsam bestraft worden; —

F. Inzwischen habe Herr Pfau seine Klage auf Nichtigerklärung des Schiedsspruches bei dem Bezirksgerichte Winterthur anhängig gemacht; der Recurs gegen den abweisenden Beschluß des Bezirksgerichtes vom 4. Februar d. J. sei von dem Obergerichte unter dem 29. April für unbegründet erklärt worden, weil die Klage nicht direct, sondern im Wege des ordentlichen Verfahrens mittelst Weisung des Friedensrichteramtes bei dem Bezirksgerichte anhängig zu machen sei; —

G. Dem Begehren um Ertheilung eines neuen Befehles an Herrn Pfau habe das Bezirksgerichtspräsidium Winterthur laut Bescheides vom 21. September d. J. nicht entsprochen, worüber sich nun Hans Fürsprech Surber Namens der Recurrenten beschwere, weil Herr Pfau seit Erlaß des obergerichtlichen Recursbescheides vom 29. April d. J. die Nichtigkeitsklage bei dem Friedensrichteramte nicht angebracht, vielmehr den Schiedsspruch stillschweigend anerkannt habe, jedenfalls aber seine bloße Erklärung, daß er Nullitätsklage erheben werde, die Vollstreckung nicht zu hemmen vermöge, und die nämlichen Gründe, welche den ersten Befehl gerechtfertigt haben, jetzt noch vorhanden seien; —

H. Herr Proc. Bucher Namens des Herrn Pfau trage auf Verwerfung des Recurses an, weil er laut Attestates des Friedensrichteramtes Winterthur vom 31. v. M. die Klage auf Ungültigkeitserklärung des fraglichen Schiedsspruches wirklich anhängig gemacht habe und weil von einer stillschweigenden Anerkennung des letztern keine Rede sei; —

J. Herr Bezirksgerichtspräsident Huggenberger erkläre, daß er sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe:: —

Digitized by Google

in Erwägung:

1) Daß zwar, wie sich das Obergericht in seinem Bescheide vom 15. November v. J. ausgesprochen hat, Schiedssprüche rücksichtlich der Vollstreckbarkeit den rechtskräftigen Urtheilen gleichstehen, und daher die von einer Partei bloß in Aussicht gestellte Klage auf Nichtigkeitserklärung die Vollstreckung in der Regel nicht aufzuschieben vermag; —

2) daß nun aber im vorliegenden Falle der Gegner der Recurrenten (Herr Pfau) eine Klage auf Nichtigkeitserklärung des Schiedsspruches vom 25. September 1847 nicht bloß in Aussicht stellt, sondern ein dießfälliges Gesuch laut dießseitigen Beschlusses vom 29. April d. J. beim Bezirksgerichte Winterthur wirklich angebracht hatte; —

3) daß nun zwar die Form, in welcher Herr Pfau beim Bezirksgerichte Winterthur sein Begehren um Aufhebung des Schiedsspruches eingeleitet hatte, prozessualisch allerdings nicht richtig gewesen war, indem er sich dießfalls directe an's Bezirksgericht wandte, während von ihm der Weg des ordentlichen Verfahrens hätte eingeschlagen, mithin auch eine Weisung des competenten Friedensrichteramtes eingereicht werden sollen; —

4) daß es nun aber als zu hart und nicht gerechtfertigt erscheinen würde, hierauf gar keine Rücksicht zu nehmen, und zwar um so mehr, als diese formell fehlerhafte Einleitung theilweise auf einem Mißverstehen des hierseitigen Recursbescheides vom 24. December v. J. beruht haben mag; —

5) daß vielmehr als das Richtige anzusehen ist, daß zwar dem Begehren des Recurrenten nicht sofort entsprochen, anderseits aber auch dasselbe nicht sofort abgewiesen, sondern dem Herrn Pfau Frist angesetzt werde, innerhalb der er die Klage auf Nichtigkeitserklärung des Schiedsspruches vom 25. September 1847 durch Einreichung friedensrichterlicher Weisung beim Bezirksgerichte

Digitized by Google

Winterthur anzubringen, und sich darüber, daß dieses geschehen sei, beim Bezirksgerichtspräsidium auszuweisen habe, zwar nicht unter der Androhung des Verlustes dieser Klage, wol aber unter derjenigen, daß sonst hinsichtlich des Begehrens der Gegner verfügt würde, ohne daß hiebei die Behauptung des Herrn Pfau, er erhebe Klage auf Nullitätserklärung des Schiedsspruches, in Berücksichtigung fiele:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs theilweise begründet, die recurrirte Verfügung aufgehoben und das Bezirksgerichtspräsidium Winterthur beauftragt, gemäß Erw. 5 zu verfahren; —

2. Seien die Kosten einstweilen von den beiden Parteien zu gleichen Theilen zu tragen. (Justizprot. vom 13. Nov. 1848, Nr. 10.)

---

18. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Recurrent habe sich bei dem Bezirksgerichte Meilen darüber beschwert, daß der dortige Schuldenschreiber die Durchführung einer Schuldbetreibung gegen Albert Corrodi in Küsnacht für gerichtliche Kosten dem Bezirksgerichte Behufs der Concurseröffnung so lange nicht anzeigen wolle, bis 24 Fr. zur Vertröstung der Concurskosten deponirt seien, während nach der obergerichtlichen Verordnung vom 6. Februar 1841 solche Kosten von den Gerichtskassen nicht vertröstet werden müssen; —

B. Durch Beschluß vom 1. d. M. habe das Bezirksgericht den Recurrenten mit seiner Beschwerde abgewiesen, weil

a) die citirte obergerichtliche Verfügung sich nicht auf die Kasse der Zunftgerichte zu beziehen scheine, zumal sie nur den Bezirksgerichten, nicht aber auch den Zunftgerichten eröffnet worden sei, —

b) überdieß die Kasse eines Zunftgerichtes lediglich Gebühren enthalten könne, nun aber nach §. 8 des Sporteingesetzes vom

Digitized by Google

23. December 1841 Concurseröffnung für eine Geldbuße nicht zulässig sei; —

C. Ueber diesen Beschluß beschwere sich nun Recurrent aus dem Fact. A angeführten Grunde; zugleich beschwere er sich darüber, daß die Kanzlei des Bezirksgerichtes Meilen für die Ausfertigung des recurrirten Beschlusses 8 Batzen Gebühren bezogen habe, während die Ausfertigung eine amtliche sei und daher nach §. 50 des Sportelngesetzes unentgeltlich hätte gefertigt werden sollen:: —

in Erwägung:

1) Daß Recurrent selbst nicht bestreitet, daß im vorliegenden Falle diejenigen Verhältnisse vorhanden seien, welche gemäß der allgemeinen obergerichtlichen Verordnungen vom 30. October 1833 und 13. Februar 1838 die Eröffnung des Concurses gegen einen Betriebenen von vorgängiger, durch den austreibenden Gläubiger Behufs Deckung der Concurskosten geleisteter Rechtsvertröstung von 24 Fr. abhängig machen, und er (Recurrent) Namens der zunftgerichtlichen Kasse nur in Anwendung der obergerichtlichen Verfügung vom 6. Februar 1841 von dieser Verpflichtung frei zu sein glaubt; —

2) daß indeß dieser Ansicht keineswegs beigetreten, vielmehr diejenige des Bezirksgerichtes, wonach diese obergerichtliche Verfügung sich auf Betreibungen im Interesse der Zunftgerichtskassen nicht, sondern bloß auf diejenigen für die Kassen der Bezirks- (und höhern) Gerichte bezieht, für durchaus richtig angesehen werden muß, wenn berücksichtigt wird nicht nur, daß die fragliche Verfügung auf den Antrag eines Bezirksgerichtes (Bülach) ergangen und nur den Bezirksgerichten für sich, nicht auch zu Handen der Zunftgerichte, zu ihrem Verhalte ist mitgetheilt worden, so daß also, wenn darin von der „Gerichtskasse" die Rede ist, nur diejenige der Gerichte, auf deren Antrag, resp. zu deren Gunsten, war verfügt worden, gemeint sein kann, sondern auch und hauptsächlich,

Digitized by Google

daß der Eingang der Verfügung dieselbe darauf gründet, „daß die (in Rede stehenden) Gerichtskassen einen Bestandtheil der Staatskasse bilden, welche für solche Kosten hinlängliche Garantie gewähre", dieses Motiv aber zwar völlig bei den Bezirks- (und Cantonal-) Gerichten zutrifft, da deren reine Einnahmen, abgesehen einzig von den Bezugsprovisionen der Kanzleien, ausschließlich dem Fiscus zufließen, so wie ihm auch unbedingt allfällige Ausfälle zur Last fallen, während ein Gleiches von den Zunftgerichten ganz und gar nicht gilt, indem nach §§. 48 und 49 des Gesetzes über das Gerichtswesen in die Kasse derselben Nichts als die Bußen fallen und auch hievon $^2/_4$ theils dem Gerichtsschreiber als Besoldung, theils den betreffenden Armengütern zugewiesen sind, die zweite Hälfte aber für die Localbedürfnisse des Gerichtes zu verwenden und erst ein allfälliger Ueberschuß an die Staatskasse abzugeben ist, hiezu aber noch kommt, daß auch sogar noch dieser allfällig für den Staat in Aussicht gestellte Ueberschuß bei der vorliegenden Frage gar nicht in Betracht gezogen werden kann, weil, wie ebenfalls richtig vom Bezirksgerichte angeführt wird, mit Rücksicht auf nicht eingehende Bußen gar keine und daher auch keine, auch nur theilweise im Interesse der Staatskasse erlaufende Concurskosten entstehen können, weil gemäß §. 8 des Sporteingesetzes vom 23. December 1841 für nicht erhältliche Bußen (im Gegensatze der den Staat nicht berührenden Gebühren) Verwandlung in Gefängnißstrafe und somit nicht Concurs eintreten soll; —

3) daß hinsichtlich der Beschwerde gegen die Gerichtskanzlei wegen Bezuges einer Gebühr für die Ausfertigung des recurrirten Beschlusses dieselbe an dießseitige Instanz nicht gehört, indem die Bezirksgerichtskanzleien unter der unmittelbaren Aufsicht der betreffenden Bezirksgerichte stehen und Recurrent sich daher, wenn er sich über den Gerichtsschreiber beschweren zu können vermeinen

Digitized by Google

sollte, sich an das Bezirksgericht Meilen als dessen nächste Aufsichtsbehörde zu wenden hat:: —

mit Einmuth beschlossen:

Sei der Recurs theils unbegründet, theils finde er nicht statt. (Justizprot. vom 16. Nov. 1848, Nr. 4.)

---

19. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Herr Jacob Strehler, Posthalter in Pfäffikon, und die Gebrüder Kuhn, Speisewirthe daselbst, beschweren sich über eine Rechtsöffnung des Präsidenten des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 4. v. M. zu Gunsten der Civilgemeindsvorsteherschaft Pfäffikon für deren Ansprachen im Betrage von 6 fl. 10 ß. (an Strehler) und 11 fl. 16 ß (an Gebrüder Kuhn); —

B. Herr Bezirksgerichtspräsident Hotz berichte, daß er die recurrirte Verfügung am 14. v. M. durch den Gerichtsweibel den Recurrenten zugesendet habe, daß aber diese nicht zu Hause gewesen und die Verfügung laut des dießfälligen Empfangscheines erst am 20. v. M. in ihre Hände gelangt sei; —

C. Die Recursschrift sei am 2. d. M. eingekommen:: —

in Erwägung:

1) Daß gemäß §. 74 des Gesetzes über die Schuldbetreibung ein Recurs gegen erfolgte Rechtsöffnung binnen 14 Tagen von der Ausfertigung an ergriffen werden muß, widrigenfalls Verzicht auf denselben angenommen werden soll; —

2) daß hienach im vorliegenden Falle eine Verspätung des hierorts erst am 2. d. M. eingegangenen Recurses unzweifelhaft vorliegt, weil nach dem Berichte des Bezirksgerichtspräsidiums die recurrirte Verfügung schon am 14. v. M. an die Recurrenten durch den Gerichtsweibel ist abgesendet worden, so daß, wenn auch, wie

Digitized by Google

von dem Obergerichte immer im Interesse der Betriebenen geschieht, die Ausfertigung als unmittelbar vor der Versendung geschehen angenommen und daher der Ausfertigungstag als im Sinne des Gesetzes mit dem Versendungstage zusammenfallend betrachtet wird, doch die 14tägige Frist als nicht eingehalten erscheint, wobei darauf, daß nach der Behauptung der Recurrenten die Verfügung erst am 20. v. M. in ihre Hände gelangt sei (wie denn auch wirklich das Insinuationsdocument von diesem Tage datirt ist), da der gesetzlichen Vorschrift zufolge die Frist nicht von der erfolgten Mittheilung an zu laufen beginnt, nichts ankommt, und auf eine verspätete Mittheilung nur dann billige Rücksicht genommen werden müßte, wenn nicht mehr genug Zeit übrig geblieben wäre, um ein Rechtsmittel zu ergreifen, was aber im vorliegenden Falle, gesetzt sogar, es hätten die Recurrenten wirklich erst am 20. October Kenntniß von der Verfügung erhalten und nicht etwa bloß erst an diesem Tage das Insinuationsdocument unterzeichnet, gar nicht eintritt, indem vom 20. October an ihnen noch volle acht Tage von der gesetzlichen Frist übrig geblieben waren:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Finde der Recurs nicht mehr statt und sei daher die provisorisch von der Justiz-Commission verfügte Rechtsstellung aufgehoben; —

2. Tragen Recurrenten die Ausfertigungskosten und entschädigen den Gemeinderath Pfäffikon zusammen mit 2 Fr. (Justizprot. vom 16. Nov. 1848, Nr. 2.)

---

20. Jacob Dubs verkauft alle seine Liegenschaften nebst Fahrhabe an seinen Schwiegersohn; Kläger, Creditor des Dubs für 300 fl., fordert diese Summe von dem Käufer, darauf gegründet, daß der fragliche Kauf nur die Benachtheiligung der Gläubiger bezweckt habe.

Digitized by Google

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß auf die Klage gegen die Ehefrau des Jacob Senn, als der Weisung fremd, nicht einzutreten ist; —

2) daß (ganz abgesehen von Veräußerungen eines Schuldners an einen seiner Gläubiger, um denselben für seine Forderung zu befriedigen, auch wenn solche im Bewußtsein der Zahlungsunfähigkeit vorgenommen worden und der Gläubiger hievon ebenfalls Kenntniß hat), wenn ein Schuldner unredlicher Weise, um seine Gläubiger zu benachtheiligen, Veräußerungen vornimmt, den benachtheiligten Gläubigern, nachdem die Insufficienz des Schuldners sich ergeben hat, gegen den Empfänger bei Mitwissen desselben um die Unredlichkeit des Schuldners eine Klage zusteht auf Restitution des Veräußerten, so weit sie zur Befriedigung der benachtheiligten Gläubiger erforderlich ist oder Bezahlung ihrer Forderungen; —

3) daß unbestritten ist, daß Jacob Dubs, Schuldner des Klägers, für unversicherte 300 fl. sammt Zins seit Maitag 1846, alle seine Liegenschaften und beweglichen Sachen, welche den ganzen Activbestand seines Vermögens ausmachten, im October v. J. an seinen, mit ihm im gleichen Hause wohnenden Schwiegersohn, den Beklagten, welcher ihn auch in dem damals zwischen dem Kläger und ihm (Dubs) wegen jener Forderung anhängigen Prozeß vertrat, veräußert hat, und zwar lediglich gegen Uebernahme der auf den Liegenschaften haftenden Capitalien; —

4) daß, wenn nun berücksichtigt wird,

a) daß der Beklagte erstinstanzlich nicht bestritten hat, daß der Werth der veräußerten Objecte die Summe der grundversicherten Capitalien bedeutend übersteige, —

b) die Zeit, wann die Veräußerung geschah, also gerade damals als Kläger die von seinem Schuldner Dubs bestrittene For-

Digitized by Google

derung gegen ihn einklagte, indem vor Friedensrichteramt schon am 7. September v. J. verhandelt worden war, —

c) daß der Beklagte irgend einen anderweitigen Grund, welcher den Dubs dazu gebracht, alle in seinem Vermögen enthaltenen Rechte zu veräußern, erstinstanzlich nicht einmal vorgebracht hat, während er, der mit dem Schuldner im gleichen Hause wohnende Schwiegersohn desselben, an welchen die Veräußerung geschah und der auch den Schuldner in dem erwähnten Prozesse gegen den Gläubiger vertrat, wenn ein solcher anderweitiger Grund vorhanden gewesen wäre, denselben unzweifelhaft kennen müßte, —

die Annahme sich rechtfertigt, daß die Veräußerung von Dubs unredlicher Weise, um seine unversicherten Gläubiger, resp. die Kläger, zu benachtheiligen, vorgenommen worden sei, wobei an dem Mitwissen des Beklagten um die Unredlichkeit des Dubs mit Rücksicht auf die unter c angeführten Verhältnisse sich begründetermaßen nicht zweifeln läßt; —

5) daß daher die Klage in dem Sinne gutzuheißen ist, daß der Beklagte schuldig erklärt wird, entweder das an ihn von Dubs gemäß Fact. B des bezirksgerichtlichen Urtheiles Veräußerte zu restituiren, soweit es zur Befriedigung der klägerischen Forderung an Dubs von 300 fl. sammt Zins seit Maitag 1846 erforderlich ist, oder diese Forderung zu bezahlen:: —

mit Einmuth gefunden:

Sei die Berufung der Kläger begründet, und hierauf

erkannt:

1. Sei der Beklagte schuldig, entweder das von Dubs an ihn gemäß Fact. B des bezirksgerichtlichen Urtheiles Veräußerte zu restituiren, soweit es zur Befriedigung der dem Kläger an Dubs zustehenden Forderung von 300 fl. sammt Zins seit Maitag 1846 erforderlich ist, oder diese Forderung an den Kläger zu bezahlen; —

Digitized by Google

2. Habe der Beklagte die sämmtlichen erst- und zweitinstanzlichen Kosten zu bezahlen; —

3. Sei die erstinstanzlich dem Beklagten zugesprochene Entschädigung aufgehoben; —

4. Habe dagegen der Beklagte an den Kläger eine Prozeßentschädigung von 24 Fr. zu bezahlen. (Civilprot. vom 7. Nov. 1848 i. S. Stierli c. Senn.)

---

21. Die Erben eines verstorbenen Handelsmannes werden von den Creditoren belangt, darauf gegründet, daß sie die Erbschaft angetreten haben.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß die Ausschlagung einer Erbschaft dann allerdings nicht mehr statthaft ist, wenn Derjenige, welchem sie anfiel, durch Vornahme von Handlungen, zu denen er nur in seiner Eigenschaft als Erbe berechtigt war, seinen Willen, die Erbschaft anzutreten, zu erkennen gegeben hat, und daher in Frage kommt, ob dieses bei dem Ernst'schen Nachlasse den Beklagten gegenüber der Fall sei; —

2) daß nun, was zunächst die von den Vormundschaftsbehörden vertretenen minderjährigen Ernst'schen Erben betrifft, solche Handlungen, welche auf den Willen dieser Behörden, die Erbschaft für die minorennen Erben anzutreten, mit irgend welcher Sicherheit schließen ließen, nicht vorliegen, indem

a) die Waisencommission, nachdem sie über den Nachlaß des am 14. März 1847 verstorbenen Erblassers am 31. gl. M. ein Inventar aufgenommen, wenige Tage später, nämlich am 3. April bei dem Bezirksgerichte das Gesuch um Erstreckung der Frist zur Erklärung über Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft Namens der minderjährigen Erben stellte, und als dann das Bezirksgericht durch Beschluß vom 5. April zu

Digitized by Google

Abgabe einer dießfälligen bestimmten Erklärung eine mit dem 4. Mai zu Ende laufende Frist anberaumt hatte, — noch vor Ablauf derselben, und zwar am 21. April, die Erbschaft Namens ihrer Vogtbefohlenen ausschlug, was die Annahme der Absicht, im Namen der letztern die Erbschaft anzutreten, vollständig ausschließt, —

b) nicht vorliegt, daß die Waisencommission außer der von ihr ertheilten Zustimmung dazu, daß der volljährige Sohn und frühere Handelsgehülfe des Erblassers (Ernst-Wieser) den Verkauf der Ladenwaaren fortsetze, irgend welche weitere Verfügung über den Nachlaß getroffen habe, dieses aber gar wol in der Meinung geschehen und dabei nach dem in Erw. 1 Angeführten wol auch keine andere Absicht vorhanden sein konnte, als die, zwar einstweilen den Nachlaß nicht anzutreten, jedoch unter Aufsicht der Waisenbehörden, zur Abwendung größeren Schadens, den täglichen Ladenverkehr — möge später der Antritt folgen oder nicht — vor der Hand im Interesse der Masse fortsetzen zu lassen, wozu dann auch der — wenn auch in größeren Partien stattgefundene — Handelsverkauf, der Incasso ausstehender Gelder und Aehnliches gehört, immerhin vorausgesetzt, daß — wie es hier geschehen — über Alles genaue Buchführung gehalten und daraus der dießfällige Ertrag bestimmt und unzweifelhaft nachgewiesen werde; —

3) daß deßhalb auch die Klage gegen die Minderjährigen abzuweisen ist, indem folgende weitere Umstände, aus denen Kläger die Erbschaftsantretung Namens derselben herleiten will, nämlich späte Aufnahme des waisenamtlichen Inventares, späte Vogtbestellung, daß die Minderjährigen bei der Wittwe im Hause des Erblassers wohnen geblieben sind, hiefür nicht concludent sind, und der Berücksichtigung des Umstandes, daß J. J. Ernst an einzelne der Minderjährigen kleinere Zahlungen aus dem Nachlasse geleistet

Digitized by Google

habe, entgegensteht, daß hiebei eine Mitwirkung der Waisenbehörden nicht hergestellt ist; —

4) daß auch auf Seite des ebenfalls zu der beklagten Partei gehörenden volljährigen Sohnes, Herrn Ernst-Wieser, folgende Verhältnisse vorliegen, welche der Annahme, daß derselbe gesonnen gewesen sei, wenigstens für seine Person die Erbschaft anzutreten, entgegenstehen, nämlich

a) der Grund, auf welchen die Waisencommission das in Erw. 2 a erwähnte Gesuch um Fristerstreckung wesentlich stützte, und welcher darin bestand, daß die Besprechung der Familienglieder (unter denen wol zunächst die Volljährigen, mithin auch Herr Ernst-Wieser verstanden werden müssen) Behufs Fassung eines Entschlusses betreffend die Uebernahme der Handlung bedeutende Zeit erfordere, —

b) die von Hrn. Ernst-Wieser und dem Beistänber der Wittwe am 21. April, als die Waisencommission beschloß, für die minderjährigen Erben die Erbschaft auszuschlagen, vor dieser Behörde abgegebene und von ihr dem Bezirksgerichte einberichtete Erklärung, daß sie über eine definitive Schlußnahme zum Antritte oder zur Ausschlagung der Erbschaft sich heute noch nicht entscheiden können, und sich daher vorbehalten, hierüber innerhalb der anberaumten Frist ihren Entschluß dem Bezirksgerichte zur Kenntniß zu bringen, —

c) der weitere Umstand, daß Herr Ernst-Wieser und die Wittwe Ernst am 28. April, also vor Ablauf der hiefür gerichtlich angesetzten Frist, bei dem Bezirksgerichte das Gesuch um Gestattung eines gerichtlichen Inventars, welchem durch Gerichtsbeschluß vom gleichen Tage entsprochen wurde, — stellten, Ersterer (Ernst-Wieser) am 29. gl. M. eine Einfrage an's Bezirksgericht über die Bedeutung der Eingabefrist richtete, und dann am 6. Juli die Erbschaft wirklich ausschlug; —

Digitized by Google

5) daß zwar von dem Beklagten (Hrn. Ernst-Wieser) von dem Tode des Erblassers an bis zur Aufnahme des gerichtlichen Inventars folgende Handlungen vorgenommen worden sind, von denen in Frage kommt, ob und inwiefern sie auf seinen damaligen Willen, die Erbschaft wirklich anzutreten, schließen lassen,

a) der fortgesetzte Verkauf von Waaren sowol im Laden selbst, als auf — theilweise durch einen Handelsreisenden aufgenommene — Bestellungen hin, —

b) der Incasso von aus dem Handelsverkehre herrührenden Forderungen, —

c) die Bestreitung verschiedener, mit der einstweiligen Fortsetzung des Waarenverkaufes verbundener kleiner Ausgaben, wie z. B. Reisespesen, Lohn an den Reisenden, Porti und Frachten, —

d) die Leistung baarer Vorschüsse an die Wittwe Ernst für sich und ihre Kinder, so wie an ihn (Ernst-Wieser) selbst, die Verabreichung von Ladenwaaren zu Kleidern (wahrscheinlich Trauerkleidern) an diese Personen, und die Bezahlung eines Buchbinder-Conto, der Vermögenssteuer und amtlicher Taxen an die Stadtkanzlei, —

e) die Annahme von nach dem Tode des Erblassers angekommenen Waarensendungen und die Bestellung und Annahme neuer Waaren, —

f) der Verkauf auch solcher Waaren, welche einem Creditoren (dem Herrn Ernst-Rieter) verpfändet waren, wozu der Erblasser selbst nach den Bestimmungen des betreffenden Vertrages nur insoweit berechtigt gewesen wäre, als er die verkauften Waaren durch andere ersetzt hätte; —

6) daß indeß diese Handlungen, wenn sie auch bloß für sich allein betrachtet und in Ermangelung entgegenstehender Verhältnisse allerdings genügen würden, um den Schluß, es habe Herr Ernst-Wieser die Erbschaft wenigstens für seine Person angetreten,

Digitized by Google

zu rechtfertigen, doch diese Wirkung darum nicht haben können, weil ihnen die in Erw. 4 angeführten Verhältnisse entgegenstehen, welche entschieden darauf hinweisen, daß auch dieser Beklagte sich zur Erklärung über Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft habe freie Hand offen behalten wollen und diese Handlungen nicht in der Absicht, die Erbschaft anzutreten, sondern in der freilich größtentheils unrichtigen Voraussetzung, daß er zu allem Diesem in Folge der von der Waisencommission ertheilten Bewilligung zu einstweiliger Fortsetzung des täglichen Verkehrs berechtigt, resp. verpflichtet sei, vorgenommen habe, wobei insbesondere ad a, b und c auf das in Erw. 2 b Angeführte zu verweisen und mit Bezug auf die unter d erwähnten Baarzahlungen und Waarenlieferungen an die Wittwe und Kinder, so wie an Herrn Ernst-Wieser selbst zu berücksichtigen ist, daß hiebei gar wol die Meinung obwalten konnte, daß dieselben bloß vorschußweise gemacht werden und im Falle der Ausschlagung der Erbschaft den Betreffenden an ihren Forderungen in Abzug zu bringen seien; —

7) daß dann aber, wenn auch aus den bisher angeführten Gründen die Annahme, daß der Beklagte (Herr Ernst-Wieser) die Erbschaft angetreten habe, sich nicht rechtfertigen würde, derselbe doch verpflichtet ist, den Klägern für diejenigen einzelnen Handlungen einzustehen, welche er, ohne dazu berechtigt zu sein, vorgenommen hat, wohin ganz unzweifelhaft die unter lit. d, e und f der nächst vorhergehenden Erwägung angeführten gehören; weßhalb denn auch das in der zweiten Rechtsfrage eventuell gestellte Begehren, daß derselbe zu Bezahlung der in jener Rechtsfrage bezeichneten Forderungen der betreffenden fünf Creditoren einerkannt werde, jetzt schon als ganz begründet sich darstellt, da diese Forderungen von Waarensendungen herrühren, welche erst nach dem Tode des Erblassers eingegangen sind und über welche Herr Ernst-Wieser gleichwol verfügt hat:: —

Digitized by Google

hinsichtlich der ersten Rechtsfrage, gegenüber einem Antrage, dieselbe, soweit sie sich auf den Hrn. Ernst-Wieser bezieht, zu bejahen und mit Bezug auf die Kosten, gegenüber einem Antrage, dieselben sämmtlich dem Hrn. Ernst-Wieser aufzulegen, durch Stimmenmehrheit, im Uebrigen

mit Einmuth gefunden:

Es sei die Berufung der Kläger zum Theil begründet, und hierauf

erkannt:

1. Seien Kläger mit dem in der ersten Rechtsfrage enthaltenen Begehren abgewiesen; —

2. Sei dagegen der Beklagte (Ernst-Wieser) verpflichtet,

130 fl. 1½ ß. an die Herren Frei u. Salzmann in Aarau,
88 „ — „ „ „ „ Rittener u. Hofer in Lausanne,
101 „ — „ „ „ „ Schmitter u. Comp. in Rothrist,
221 „ 35 „ „ „ „ Reutsch u. Hauser in Wädenschweil,
339 „ 19 „ „ „ „ Gontard u. Comp. in Frankfurt,

sammt Zinsen zu 5 %, vom 16. August 1847, als dem Tage der friedensrichterlichen Weisung an gerechnet, zu bezahlen und überdieß den Klägern für den aus seinen Handlungen allfällig entstehenden Schaden im Sinne der Erw. 7 zu haften; mit dem weiteren in der zweiten Rechtsfrage enthaltenen Begehren seien die Kläger abgewiesen; —

3. Seien die erst- und zweitinstanzlichen Prozeßkosten zur einen Hälfte den Klägern und zur andern Hälfte dem Hrn. Ernst-Wieser aufgelegt; —

4. Verbleibe es bei der der Wittwe Ernst erstinstanzlich zugesprochenen Prozeßentschädigung von 16 Fr.; —

5. Sei dagegen die erstinstanzlich den übrigen Beklagten gesprochene Prozeßentschädigung aufgehoben. (Civilprot. vom 9. Nov. 1848 i. S. Ernst'sche Creditoren c. Ernst'sche Kinder.)

Digitized by Google

22. Die Frage, ob das Statut von Greiffenſee Beſtimmungen über das Ehe- und Erbrecht der Frau bei beerbter und unbeerbter Ehe enthalte, hat das Obergericht folgendermaßen beantwortet:

1) Daß mit Bezug auf die Erbsanſprüche der Klägerin vorerſt die Parteien darüber einig gehen, daß das Greiffenſeer Statut hier maßgebend ſei, vorausgeſetzt, daß dasſelbe für den vorliegenden Fall Beſtimmungen enthalte oder aus deſſen Inhalt ſich ſonſt eine Norm ableiten laſſe, dagegen darüber Streit herrſcht, wie, ſofern dieß nicht der Fall ſei, ſomit das Greiffenſeer Statut weder mittelbar noch unmittelbar dießfalls Etwas verfüge, verfahren werden ſolle, namentlich ob das Stadt- und Landrecht ſubſidiär zur Anwendung komme; —

2) daß nun aber darüber kein Zweifel obwalten kann, daß das Greiffenſeer Statut auf den vorliegenden Fall Anwendung findet, wenn deſſen Beſtimmungen, wie ſie in der Urkunde vom Jahre 1693 (Peſtalutz, Samml., Bd. II. S. 1 ff.) enthalten ſind, ins Auge gefaßt werden, da ſich ſchon aus der Ueberſchrift desjenigen Artikels, welcher vom Ehe- und Erbrechte der Frau handelt, ergibt, daß hier eine allgemeine Beſtimmung habe getroffen werden ſollen, welche die Erbrechte der Frauen für beide Fälle, bei beerbter und unbeerbter Ehe, feſtſetze, wobei darüber, daß dieß die Meinung des Statutes ſei, um ſo weniger gezweifelt werden kann, als einerſeits es ganz undenkbar wäre, daß bloß der erſtere Fall — bei beerbter Ehe — hätte entſchieden und mit Bezug auf den andern — bei unbeerbter Ehe — auf das Stadterbrecht verwieſen, ſomit ein fremdes Recht ſubſidiär hätte eintreten ſollen, und anderſeits in dem unmittelbar vorhergehenden Artikel, welcher auf das Ehe- und Erbrecht des Mannes ſich bezieht und deſſen Ueberſchrift dem nachgehenden ganz gleich iſt, ausdrücklich von beiden Fällen — beerbter und unbeerbter Ehe — geſprochen wird, wogegen zwar allerdings im Contexte ausdrücklich bloß vom beerbter Ehe die

Digitized by Google

Rede ist, dessen ungeachtet aber angenommen werden muß, es habe die Bestimmung eine allgemeine sein sollen, woraus folgt, daß für den Fall der unbeerbten Ehe lediglich die Bestimmungen wegfallen, deren Anwendbarkeit bloß beim Vorhandensein von Kindern möglich wäre, während alle andern Bestimmungen, die an die Existenz von Kindern nicht gebunden sind, beibehalten bleiben und darnach das Erbrecht der Frau normirt werden muß; —

3) daß demnach mit Bezug auf den vorliegenden Fall, wo keine Kinder vorhanden sind, lediglich die Bestimmungen wegfallen, welche der überlebenden Ehefrau gestatten, beim Vorhandensein von Kindern mit denselben des Mannes Gut zu besitzen und zu nutzen, so lange sie unverändert bleibt, dagegen alle andern Bestimmungen, namentlich was die Ehefrau zum Voraus aus dem ungetheilten Gute herauszunehmen berechtigt sei und was ihr als Erbrecht gegen Uebernahme des dritten Theiles der laufenden Schulden zustehen solle, ihre vollkommene Geltung haben müssen. (Civilpr. vom 25. Nov. 1848 i. S. Pfister c. Pfister.)

---

28. Auch der Cridar kann Rechte verfolgen.

Das Obergericht hat.

da sich ergeben:

A. Joh. Caspar Pfenninger in Stäfa und dessen Ehefrau (die Recurrentin) seien in Concurs gerathen; im Concurse des Erstern habe die Letztere eine Weibergutsforderung von 5837 fl. 39 ß geltend gemacht, welche von Frau Elisabetha Walder auf dem Schwesterrain bei Hombrechtikon bestritten worden sei; —

B. Die Notariatskanzlei Grüningen habe dießfalls Weisung an das Bezirksgericht Hinweil ausgefertigt, letzteres aber unter dem 12. v. M. nach stattgefundenen Parteiverhandlungen, gestützt darauf, daß

Digitized by Google

nur die Creditoren der Frau Pfenninger berechtigt wären, eine solche Forderung im Concurse des Mannes geltend zu machen, was sie aber nicht gethan haben, beschlossen, auf die Sache wegen mangelnder Activlegitimation der Klägerin nicht einzutreten, daher der Klägerin die erlaufenen Kosten, so wie eine Entschädigung von 16 Fr. an die Beklagte aufgelegt; —

C. Hierüber beschwere sich nun Herr Proc. Hasler Namens des Vogtes der Frau Pfenninger und verlange, daß diese, resp. deren Vormundschaftsbehörden als zum Prozesse legitimirt erklärt und das Bezirksgericht beauftragt werde, auf die Sache einzutreten; —

D. Herr Proc. Schätti trage Namens der Frau Walder aus dem in dem recurrirten Beschlusse angeführten Grunde auf Abweisung des Recurrenten an; —

E. Das Bezirksgericht Hinweil erkläre, daß es sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe:: —

in Erwägung:

1) Daß zwar, da beim Concurse eines Schuldners dessen gesammtes Activvermögen auf die Masse übergeht, den Gläubigern oder Dem, welcher sie vertritt, die Geltendmachung eines dem Gemeinschuldner angeblich zustehenden Rechtes oder Forderung zunächst zukommt; sobald aber diese von ihrer Befugniß keinen Gebrauch machen wollen, gar kein Grund vorhanden ist, den Cridaren selbst von der Verfolgung seiner Ansprache auszuschließen und ihn hiedurch möglicher Weise seines guten Rechtes lediglich zum Vortheile des Verpflichteten zu berauben; —

2) daß daher die recurrirte Verfügung, welche übrigens auch der constanten Uebung entgegenläuft, sich auf keine Weise rechtfertigt, vielmehr der Vertreter der Recurrentin Namens derselben zu Geltendmachung ihrer Weibergutsforderung im Concurse ihres Ehemannes, insofern die Creditoren derselben dieß nicht für die Masse (der Recurrentin) thun wollen, ohne Weiteres, jedoch mit

Digitized by Google

Beobachtung der allgemeinen obergerichtlichen Verfügung betreffend die Verpflichtung der Falliten zu Caution für die Prozeßkosten u. s. w., zuzulassen ist:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und daher das Bezirksgericht unter Aufhebung seines Beschlusses vom 12. v. M., soweit dagegen recurrirt worden ist, angewiesen, im Sinne der Erwägungen zu verfahren; —

2. Trage die Gegenpartei die Kosten und entschädige die Recurrentin mit 4 Fr. (Justizprot. vom 21. Nov. 1848, Nr. 7)

---

24. Auslegung des §. 72 des Gesetzes über die Schuldbetreibung. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Laut zweier Pfandscheine vom 9. November und 7. December 1847 haben die Herren Dändliker und Hotz in Thalweil den Recurrenten, welcher in Zürich wohnhaft gewesen, für 382 fl. 21 ß. betrieben und an diese Forderung laut Attestates des hiesigen Stadtammannamtes vom 11. d. M. theils in Folge Versilberung der Pfande, theils durch Baarzahlung von Seite des Herrn Forster, Vater, in Wipkingen 338 fl. 1 ß. erhalten; —

B. Unter dem 14. v. M. seien die Herren Dändliker und Hotz bei dem Bezirksgerichte Zürich mit dem Gesuche eingekommen, daß, da Forster sich aus dem Cantone entfernt und in Genf niedergelassen habe, demselben eine Frist zur Bezahlung des Restes der Forderung im Betrage von 95 fl. (an die 382 fl. 21 ß. haben sie 306 fl. 21 ß. empfangen, somit restiren 76 fl., wozu noch 19 fl. Zinse vom 1. September 1847 bis 1. September 1848 kommen) unter Androhung des Concurses angesetzt werde, welchem Begehren das Bezirksgericht gestützt auf §. 72 des Gesetzes über die Schuldbetreibung laut Beschlusses vom 16. v. M., resp. 4. d. M., entsprochen habe; —

Digitized by Google

C. Hierüber beschwere sich nun Herr Fürsprech Dr. Schauberg Namens des Forster, indem er

a) die Zinsforderung von 19 fl. bestreite, im Uebrigen aber unter Anbietung des dießfälligen Beweises behaupte, daß die Ansprecher nicht bloß 306 fl. 21 ß., wie sie anerkennen, oder 338 fl. 1 ß., wie das Stadtammannamt Zürich bezeuge, erhalten haben, sondern gänzlich befriedigt worden seien, —

b) behaupte, daß der von dem Bezirksgerichte angerufene §. 72 des Gesetzes über die Schuldbetreibung hier deßhalb keine Anwendung finde, weil Forster nach der Pfändung und mit Zurücklassung aller seiner Fahrhabe sich von hier entfernt habe, während der Eingang und der ganze Inhalt des cit. § 72 beweisen, daß derselbe sich nur auf den Fall beziehe, wo der Betriebene nach angehobener Betreibung, aber vor stattgehabter Pfändung, sei es mit oder ohne Zurücklassung von Vermögensstücken, sich aus dem Cantone entfernt habe; Forster habe in Genf einen festen Wohnsitz, und sei bereit, vor den dortigen Gerichten den Herren Dändliker und Hotz Rede zu stehen, weßhalb er auch dort belangt werden müsse und die hiesigen Gerichte ihm gegenüber keine Competenz mehr besitzen, wenigstens nicht sofort mit der Concursandrohung einschreiten können; —

D. Hierauf erwidere Herr Fürsprech Klauser Namens der Herren Dändliker und Hotz:

ad a) Ein Theil der Pfande sei von der Ehefrau, resp. dem Vater des Recurrenten, als Eigenthum angesprochen worden, daraus seien zwei Prozesse entstanden, deren Resultat gewesen sei, daß der Vater Forster den Recursen 140 fl. bezahlt, die Ehefrau Forster dagegen auf einen Theil der angesprochenen Fahrhabe verzichtet habe; nun seien dem Recurrenten allerdings 37 fl. weniger gutgeschrieben, als wirklich bezahlt worden, aus dem einfachen Grunde, weil jener Betrag in Prozeßkosten

Digitized by Google

aufgegangen sei, welche Recurrent um so eher zu ersetzen habe, als es in seinem Interesse gelegen habe, daß jene Prozesse geführt werden; was die Zinse betreffe, so sei der Verzug des Schuldners außer Zweifel und daher auch die Befugniß des Creditors, Verzugszinse zu verlangen;

ad b) der Wortlaut des §. 72 lasse die Auslegung, welche von Hrn. Fürsprech Dr. Schauberg diesem Paragraphen gegeben werden wolle, gar nicht zu; —

G. Das Bezirksgericht Zürich erkläre, daß es sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe; —

H. Unter dem 13. d. M. habe die Justiz-Commission das Bezirksgericht beauftragt, den recurrirten Beschluß einstweilen nicht zu vollziehen:: —

in Erwägung:

1) Daß, angenommen, es finde der §. 72 des Gesetzes über die Schuldbetreibung im vorliegenden Falle Anwendung, die von dem Recurrenten gegen den recurrirten bezirksgerichtlichen Beschluß vorgeschützte Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes wegen zur Zeit seiner Erlassung stattgefundenen Domicils des Recurrenten außerhalb des Bezirkes und des Cantons Zürich für begründet nicht zu halten ist, weil der citirte Paragraph die fortdauernde Zuständigkeit des Gerichtes, unter welchem der Schuldner betrieben wurde, nicht von der Beibehaltung des bisherigen, beziehungsweise dem Nichterwerbe eines neuen Wohnortes, sondern lediglich von der Thatsache, daß er nach angehobenem Rechtstriebe den Canton ohne Befriedigung des Gläubigers verlassen hat, ohne alle Rücksicht darauf, ob er einen neuen Wohnort genommen habe oder nicht, abhängig macht; —

2) daß nun aber dießseitige Stelle mit dem Bezirksgerichte die Anwendbarkeit des cit. §. 72 annehmen muß, und der Ansicht des Recurrenten, wonach dessen Bestimmungen sich nur auf den Fall,

Digitized by Google

wo der Betriebene sich vor der Pfändung entfernt habe, beziehen sollen, nicht beitreten kann, indem weder der Wortlaut noch der Zweck des Gesetzes auf die Unterscheidung, ob die Entfernung vor oder nach der Pfändung erfolgt sei, führt, vielmehr, da der dem Gesetze zu Grunde liegende Gedanke offenbar der ist, zu verhindern, daß der Betriebene sich nicht eigenmächtig einer gegen ihn angehobenen Execution entziehe, als das Richtigere erscheint, die Bestimmungen des citirten Paragraphen immer für Platz greifend anzusehen, wenn die Execution durch die Entfernung des Schuldners unterbrochen worden, also wenn die Entfernung erfolgt ist, ehe die Execution entweder durch Befriedigung des Gläubigers ihren Zweck, oder ehe sie ihr Ende erreicht hat, es sei, daß sie alle Stadien durchlaufen habe oder gültig eingestellt worden, oder daß im Falle eines ungenügenden Pfandscheines oder der nicht erfolgten vollständigen Deckung des Gläubigers durch das Ergebniß der Versilberung aus dem Benehmen des Gläubigers zu entnehmen sei, daß er überhaupt oder einstweilen nicht zu Anwendung der sog. hohen Betreibung greifen wolle, welches Letztere aber aus der Unterlassung des sofortigen Begehrens um Aufhebung derselben dann nicht geschlossen werden darf, wenn der Schuldner sich entfernt hat, ehe dem Gläubiger der Erfolg der Versilberung bekannt und er dadurch in die Lage versetzt war, zu wissen, ob er Befriedigung erhalten oder veranlaßt sein werde, die Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens (den hohen Rechtstrieb) zu verlangen; —

3) daß nun gegenwärtig dieser letztere Fall eintritt, indem Recurrent nicht einmal behauptet, daß er zu der Zeit, als die Recursen Gewißheit über die Unzulänglichkeit des Pfandscheines erhielten und es ihnen möglich war, sich über die Ergreifung oder Nichtergreifung der hohen Betreibung zu entschließen, — sich noch im

Digitized by Google

Cantone befunden habe, wie denn überhaupt über den Zeitpunkt seiner Entfernung gar nichts vorliegt; —

4) daß, was dagegen die Größe der Forderung anbetrifft, zwar auf die Behauptung des Recurrenten, es haben die Recursen mehr, als aus dem Attestate des Stadtammannes erhellt, empfangen, in Ermangelung jeden Beweises keine Rücksicht zu nehmen, jedoch als liquide Capitalforderung nur die Summe von 44 fl. 20 ß. anzunehmen ist, weil die ursprüngliche Forderung 382 fl. 21 ß. betrug und die Recursen durch das Stadtammannamt hieran 338 fl. 21 ß erhalten haben, die Ansicht der Letztern aber, daß sie die über die Prozesse mit der Ehefrau und dem Vater Forster wegen der von diesen Personen erhobenen Ansprachen auf gewisse Pfandobjecte ergangenen Kosten im Betrage von 37 fl. dem Recurrenten anzurechnen befugt seien, als außer Zweifel und klaren Rechtens keineswegs angesehen werden kann; —

5) daß endlich hinsichtlich der geforderten 19 fl. für Zinse in Betracht fällt, daß es sich gegenwärtig nicht darum handelt, ob Recursen Zinse zu fordern überhaupt berechtigt seien und in welchem Betrage, sondern darum, ob die Bestimmung des cit. §. 72 auch auf die jetzt geforderten Zinse Anwendung finde, diese Frage aber darum zu verneinen ist, weil, wie aus den von den Recursen eingelegten Pfandscheinen vom 9. November und 7. December v. J. hervorgeht, der frühere, durch die Entfernung des Recurrenten unterbrochene Rechtstrieb nur auf das Capital ohne Erwähnung irgend welcher Zinse gerichtet war und somit auch die Fortsetzung der ordentlichen Betreibung, jetzt die an ihre Stelle tretende Maßnahme aus dem §. 72, nicht weiter als auf Das, wofür jene angehoben worden ist, gehen kann: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Es sei der Recurs theilweise begründet und verbleibe es daher im

Allgemeinen bei der recurrirten Androhung des Concurses, jedoch nur für den Betrag von 44 fl. 21 kr.; —

2. Trage jede Partei die Hälfte der Recurskosten. (Justizprot. vom 23. Nov. 1848, Nr. 4.)

---

25. Ueber die Ausscheidung von Gesellschaftsgut.

Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Unter dem 15. November 1839 haben Herr Heinrich Stucki, älter, in der Bodmen zu Oberdürnten, und Herr Heinrich Stucki, jünger, im Pilgersteg zu Dürnten, einen Gesellschaftsvertrag behufs gemeinschaftlicher Betreibung einer Baumwollenspinnerei abgeschlossen; —

B. Art. 7 dieses Vertrages bestimme, daß zum Transporte der Baumwolle und des Garnes ein Pferd und eine Kuh angeschafft und der Nutzen der letztern für die in der Fabrik sich bildende Haushaltung verwendet werden solle; in Art. 11 lit. E sei für den Fall der Liquidation festgesetzt:

„Das Fabrikgebäude sammt den darin sich befindenden Werken wird von zwei Sachkundigen geschätzt . . . . . der Schatzungspreis wird als Norm angenommen und die Fabrik demjenigen überlassen, der dieselbe für diesen Preis kaufen will. Machen beide Mitglieder der Societät darauf Anspruch, so soll der Meistbietende dieselbe erhalten. Will sie kein Mitglied übernehmen, so soll dieselbe auf einer öffentlichen Gant verkauft werden"; —

C. Im Jahre 1848 sei der eine Gesellschafter (Heinrich Stucki, älter) gestorben, worauf zwar die Spinnerei noch einige Zeit betrieben, dann aber die Liquidation des Gesellschaftsgutes beschlossen worden sei; —

D. Ueber die Auseinandersetzung und Ausscheidung des Gesellschaftsgutes haben sich die Erben des Hrn. Heinrich Stucki, älter (Herr Notar-

Digitized by Google

substitut Ferdinand Keller in Grüningen Namens seiner Ehefrau Rosina, geb. Stucki, und deren Geschwister) und Herr Heinrich Stucki, jünger (jetziger Recurrent) bis jetzt nicht verständigen können, weßhalb die Erstern behufs Abwendung des sich immer mehrenden Schadens bei dem Bezirksgerichtspräsidium Hinweil unter dem 3. d. M. eine Verfügung ausgewirkt haben, wodurch dem Letztern eine Frist von acht Tagen a dato insinuationis angesetzt worden sei, um

a) entweder mit den Stuckischen Erben den Spinnereigewerb auf gemeinsame Rechnung wieder fortzubetreiben oder sich darüber zu erklären, ob er denselben mit ihnen an einen Dritten verpachten wolle, —

b) die vorhandenen Stücke Vieh mit ihnen öffentlich und amtlich versteigern zu lassen, —

unter der Bedrohung des Ersatzes alles aus der Nichtachtung dieser Verfügung entstehenden Schadens und der Ueberweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams; —

E. Ueber diese Verfügung beschwere sich nun Herr Fürsprech Dr. Schauberg Namens des Herrn Hauptmann Heinrich Stucki, jünger, und verlange Aufhebung derselben, weil

a) es nicht in der Einzelncompetenz des Bezirksgerichtspräsidenten liegen könne, derartige tief in das Privatrecht eingreifende Befehle zu erlassen und zugleich denselben eine solche Androhung beizufügen, wie es hier geschehen sei, jedenfalls aber die Verhältnisse nicht so einfacher Natur seien; um auf dem Wege des Befehlverfahrens die Sache erledigen zu können, —

b) abgesehen hievon die erlassenen Befehle mit der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung und den bestehenden Verträgen im Widerspruche stehen, indem die Parteien im Allgemeinen darüber einverstanden seien, daß das Societätsgut gemäß §. 11 des Gesellschaftsvertrages unter ihnen versteigert werden solle; da die Societät durch den Tod des einen Gesellschafters aufgelöst worden

Digitized by Google

sei, so habe damit auch jede Verpflichtung des Recurrenten aufgehört, den Spinnereigewerb auf gemeinsame Rechnung wieder fortzubetreiben oder an einen Dritten verpachten oder auch nur das vorhandene Vieh versteigern zu lassen, vielmehr sei er berechtigt, nach Maßgabe des § 11 des Gesellschaftsvertrages die Liquidation der Societät zu verlangen; —

F. Herr Proc. Sulzberger beantworte Namens der Erben des Hrn Heinrich Stucki, älter, den Recurs dahin: Die recurrirte Verfügung sei lediglich eine vorsorgliche Maßnahme, und zwar im Interesse beider Parteien, um den Schaden, der sich bis zu der Erledigung des bereits anhängig gemachten Prozesses über die Theilung des Gesellschaftsgutes immer mehren würde, möglichst abzuwenden; — was nun vorerst das Vieh betreffe, so sei der Zweck, zu welchem dasselbe angeschafft worden, nicht mehr vorhanden, während dasselbe aus dem auf den gemeinsamen Gütern gezogenen Nutzen zehre; der Verkauf stelle sich somit als dringlich heraus, und zum Erlaß der dießfälligen Verfügung sei das Bezirksgerichtspräsidium gemäß §. 64 des organischen Gesetzes über die bürgerliche Rechtspflege unzweifelhaft competent gewesen; — aus den gleichen Gründen haben die Recursen auch die weitern Bestimmungen der recurrirten Verfügung nachgesucht, weil es nicht in der Befugniß des Recurrenten liegen könne, durch fortwährende Verzögerungen des Geschäftes jene (die Recursen) an der Benutzung ihres Theiles der Spinnerei zu hindern und ihnen so einen directen Schaden durch Deterioration der Werke, bedingt durch deren Nichtgebrauch, so wie durch Entzug von Nutzen zuzufügen, — und wenn auch gegen diesen Theil der Verfügung wesentliche Bedenken vorliegen mögen, so werden doch die Recursen demselben mindestens den Werth einer amtlichen Anzeige beizulegen berechtigt sein, welche den Recurrenten in Verzug setze und ihn für allen aus seiner rechtswidrigen Verzögerung des Theilungsgeschäftes entstehenden Schaden verantwortlich mache; —

Digitized by Google

G. Herr Bezirksgerichtspräsident Wolfensberger erkläre, daß er sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe; —

H. Unter dem 10. d. M. habe die Justiz-Commission die Vollziehung der recurrirten Verfügung provisorisch sistirt:: —

in Erwägung:

1) Daß, wenn die gewesenen Gesellschafter sich über ihre Auseinandersetzung und die Ausscheidung des jeden betreffenden Antheiles des Gesellschaftsgutes nicht vereinigen können, jedem zur Erwirkung der Absonderung und Theilung in der Regel nur die Anhebung der geeigneten Klage bei dem zuständigen Gerichte und keineswegs die Befugniß zusteht, einseitig, obgleich im vermeintlichen Interesse aller Betheiligten, über das gemeinschaftliche Vermögen oder einzelne Theile desselben zu verfügen oder den Mitberechtigten zu einer gemeinschaftlichen Maßnahme zu zwingen, doch damit das Recht, wo Gefahr im Verzuge, wachsender Schaden u. s. w. eine vorsorgliche Verfügung unumgänglich erheischt, nach bereits angehobenem Rechtsstreite das für die Hauptsache competente Gericht, sonst aber dessen Präsidium in seiner Einzelncompetenz um eine solche anzugehen, nicht ausgeschlossen ist, wobei es dann als Sache der verfügenden Stelle erscheint, theils zu prüfen, ob eine derartige Maßnahme sich durch die dargebrachten Gründe und unter den obwaltenden Umständen rechtfertige, theils im Falle der Bejahung sie nur so zu gestatten, daß dadurch so wenig als möglich in die bestehenden Verhältnisse und die allfälligen Rechte der sämmtlichen Mitberechtigten ein- und dem endlichen Entscheide vorgegriffen werde; —

2) daß nun mit Hinsicht auf die angeordnete Versteigerung des unbestrittenermaßen der früheren, nun aufgelösten Gesellschaft gehörig gewesenen Pferdes und der Kuh oder vielmehr die zu Bewirkung der Einwilligung des Recurrenten in die Versteigerung getroffene Maßnahme (die Androhung der Ueberweisung an den Strafrichter auf

Digitized by Google

den Fall der Nichteinwilligung) zwar diese Art, die Versteigerung herbeizuführen, nicht für eine sehr angemessene zu halten sein dürfte, indeß dieselbe, da kein Theil sich darüber beschwert hat, nicht weiter zur Sprache kommt, in der Hauptsache aber die Verfügung als gerechtfertigt angesehen werden kann, weil nach §. 7 des Gesellschaftsvertrages diese beiden Stücke Vieh nur zu Gesellschaftszwecken angeschafft und aus dem Gesellschaftsgute unterhalten wurden, mit dem Aufhören der Gesellschaft somit auch ihr Zweck wegfällt und (abgesehen von der allfälligen sonstigen Werthverminderung, so wie zufälligen nachtheiligen Ereignissen, wie Krankheit und Abgehen des Viehes) bei fortdauerndem Unterhalt durch nöthige Auslagen für Futter und Besorgung, resp. Verminderung der gemeinschaftlichen Vorräthe, darüber, daß beide Stücke für die bestehende Gemeinschaft an wachsendem Schaden stehen, kein Zweifel obwalten kann, während eine öffentliche Versteigerung um so eher als das mildeste und die Rechte aller Mitbetheiligten am besten wahrende Mittel, diesen Schaden abzuwenden, angesehen werden muß, als ja auch jedem derselben, insofern er auf das eine oder andere Stück oder beide besondern Werth legen, oder er befürchten würde, daß es unter dem Werthe losgeschlagen werden möchte, unbenommen ist, an der Versteigerung als Mitbieter Theil zu nehmen; —

3) daß dagegen mit Bezug auf die angeordnete Fortbetreibung der Spinnerei auf gemeinschaftliche Rechnung, resp. die Verpachtung derselben an einen Dritten, die Beschwerde sich als begründet darstellt, weil, wenn sich auch nicht läugnen läßt, daß durch das Unbenutztliegenbleiben derselben Schaden, und zwar in mehrfacher Beziehung, entstehen kann, doch nicht nur es möglich sein wird, dereinst im Endurtheile darauf geeignete Rücksicht zu nehmen, sondern hinzukommt, daß, was die Betreibung auf gemeinschaftliche Rechnung, also die Fortsetzung der Gesellschaft für unbestimmte Zeit

Digitized by Google

anbetrifft, dazu die Recursen, nachdem einmal die Gesellschaft ihr Ende erreicht hat, den Recurrenten zu zwingen, auf keine Weise das Recht haben, während die Verpachtung auf ganz kurze oder gar auf unbestimmte Zeit (bis zu Beendigung des zu gewärtigenden Prozesses über die Theilung, welcher nach der dießfalls in dem Vertrage enthaltenen Bestimmung übrigens kaum eine längere Dauer befürchten läßt) schwerlich zu bewerkstelligen, eine Verpachtung auf längere Zeit aber der Art des Abkommens, wie Art. 11 lit. E des Vertrages sie hinsichtlich der Fabrikgebäude und der dazu gehörenden Werke vorschreibt, resp. dem dereinstigen Verkaufe sehr hinderlich sein dürfte: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs theilweise begründet und daher die Verfügung, soweit sie sich auf die Spinnerei bezieht, vorbehältlich allfälliger Ansprüche der Recursen wegen Ersatzes verursachten Schadens aufgehoben, wogegen es bei derjenigen hinsichtlich des Viehes sein Bewenden hat; —

2 Tragen die Parteien die Kosten zu gleichen Theilen. (Justizpr. vom 25. Nov. 1848, Nr. 1.)

---

26. Guggenbühl stellt dem Faust einen Bürgschein aus, verlangt denselben hernach zu nochmaliger Einsicht und zerreißt ihn. Das obergerichtliche Urtheil, durch welches Guggenbühl des einfachen Betruges schuldig erklärt wurde, enthält unter Anderm folgende Erwägungen.

1) Daß vor Allem in Frage kommt, ob als erwiesen angenommen werden könne, daß ein zu Gunsten des Faust ausgestellter Bürgschaftsschein existirt habe und auf widerrechtliche Weise beseitigt worden sei; im Fernern sodann, wenn diese Frage bejaht wird, ob die Beseitigung durch den Inquisiten, Heinrich Guggenbühl, stattgefunden habe; —

Digitized by Google

2) daß nun für die Existenz eines Bürgschaftsscheines, welcher die Unterschrift des Heinrich Guggenbühl und möglicher Weise auch diejenige der Anna Guggenbühl, geb. Meier, getragen hat, folgende Indicien sprechen:

(hier werden die Indicien aufgezählt); —

3) daß, wenn nun aber aus den angeführten Indicien der Beweis dafür, daß ein Bürgschaftsschein existirt habe, als geführt betrachtet wird, mit Bezug auf die fernere Frage, ob derselbe beseitigt worden sei und von wem, kein Zweifel sein kann, da schon dadurch, daß der Schein gegenwärtig nicht mehr vorhanden ist, sodann daß Niemand als Heinrich Guggenbühl ein Interesse hatte, denselben zu vernichten, endlich und hauptsächlich durch das mit den Angaben des Damnificaten im Wesentlichen völlig übereinstimmende Geständniß der Ehefrau des Johannes Guggenbühl, welche wissen mußte, daß dasselbe ihrem Schwager von großem Nachtheil sein werde, als vollständig hergestellt erscheint, daß Heinrich Guggenbühl den wenigstens erwiesenermaßen von ihm ausgestellten Bürgschaftsschein für eine Forderung des Faust an Johannes Guggenbühl im Betrage von 1227 fl. widerrechtlich zerrissen habe; —

4) daß in dieser Handlung nicht das Vergehen der böswilligen Eigenthumsschädigung liegen kann, weil die Absicht des Inquisiten keineswegs war, dieses Stück Papier als fremdes Eigenthum aus Bosheit oder Muthwillen zu zerstören, welche Motive allein nach §. 236 des Strafgesetzes zur Annahme dieses Vergehens berechtigen; —

5) daß vielmehr die Absicht des Inquisiten unzweifelhaft darauf gerichtet war, durch Vernichtung dieser Urkunde den aus dieser eingegangenen Bürgschaft ihm drohenden Nachtheil dadurch von sich abzuwenden, daß er unter Ablängnung des bestandenen Rechtsverhältnisses dem Faust das nach seiner (des Inquisiten) Ansicht einzig mögliche Beweismittel zu entziehen gesucht hat; —

Digitized by Google

6) daß die Täuschung gegenüber dem Faust darin bestand, daß der Inquisit, Heinrich Guggenbühl, ihn glauben machte, er wolle die fragliche Urkunde bloß zum Behufe der Prüfung des Inhaltes wegen Ausstellung eines neuen Bürgscheines zur Hand nehmen, während er, kaum im Besitze derselben, sich damit entfernte; —

7) daß nach dem Gesagten das Verbrechen gemäß §. 240 des Strafgesetzbuches als Betrug zu qualificiren ist, welcher, da bei demselben keiner von den in §. 241 a—k enthaltenen Auszeichnungsgründen vorliegt, als einfacher und zwar als vollendeter betrachtet werden muß; —

8) daß, was den Betrag anbetrifft, der volle Betrag von 1227 fl. deßwegen nicht anzunehmen ist, weil zur Zeit der Zernichtung der Urkunde über den Schuldner, Johannes Guggenbühl, der Concurs noch nicht ausgebrochen war und nicht vorliegt, daß wegen materieller Insolvenz Faust an seine Forderung von demselben damals Nichts erhalten hätte, immerhin aber die Vermögensverhältnisse des Johannes Guggenbühl so beschaffen waren, daß es sich rechtfertigt, den Betrag dieses Betruges zwischen 100 und 800 Fr. anzunehmen. (Criminalpr. vom 5. December 1848 i. S. Guggenbühl.)

---

27. Auszug aus den Erwägungen eines obergerichtlichen Urtheils betreffend Uebertretung des Gesetzes über die Wirthschaftspolizei und Widersetzung gegen amtliche Gewalt:

1) Daß nach §. 12 des Gesetzes über die Wirthschaftspolizei vom 19. Dec. 1839 alle Wirthschaften in der Regel spätestens Abends 11 Uhr beschlossen werden, mithin die Gäste sich mit diesem Zeitpunkte entfernen sollen, davon aber keine Rede ist, daß vorher eine Mahnung von Seite der Polizeibeamten stattzufinden habe,

Digitized by Google

somit Rudolf Zimmermann, Sohn, welcher zugibt, nach 11 Uhr in der Weiß'schen Weinschenke gewesen zu sein, der Uebertretung des citirten Gesetzes sich schuldig gemacht hat; —

2) daß mit Bezug auf das Vergehen der Widersetzung gegen amtliche Gewalt, die heute von dem Anwalte des Inculpaten vorgebrachte Einwendung, daß der Gemeindeammann weder die Befugniß gehabt habe, die Betreffenden, namentlich den Rudolf Zimmermann, nach Hause zu weisen, noch nachher dessen Verhaftung zu versuchen, nicht Stich hält, da, was den ersten Punkt betrifft, es nicht nur in der Berechtigung, sondern auch in der Verpflichtung der Polizeibehörden liegt, Personen, welche des Nachts lärmend herumziehen und die nächtliche Ruhe stören, nach Hause zu weisen und nöthigen Falles, sofern ihnen nicht Folge geleistet wird, Gewalt anzuwenden, — hinsichtlich der Verhaftung des Rudolf Zimmermann aber gar nicht in Frage kommt, ob sie zweckmäßig gewesen, oder ob Inculpat sich nicht allfällig bei der betreffenden Oberbehörde darüber hätte beschweren können, sondern lediglich, ob jene Verfügung in der Amtsgewalt des Gemeindeammannes gelegen habe, diese Frage aber bejaht werden muß, da im Augenblicke der Arrestation es Sache des Beamten, sofern hiegegen eine Beschwerde erhoben wird, Sache der Oberbehörde desselben ist, zu prüfen, ob eine solche Maßregel nothwendig, resp. gerechtfertigt, sei, daher Inculpat sich zu fügen gehabt und, indem dieß nicht geschah, er der Widersetzung gegen amtliche Gewalt sich schuldig gemacht hat. (Criminalprot. vom 11. Dec. 1848 i. S. Zimmermann.)

---

28. Mettler schuldet dem Graf aus einem Kaufe 100 fl. Bei der Fertigung des Kaufes erklärt Graf dem Notar, daß er diese Forderung, resp. den betreffenden Kaufschuldbrief, dem Waldburger

Digitized by Google

cedirt habe; indeß wird der Brief nicht auf den Namen des Waldburger, sondern auf denjenigen des Graf gestellt und bleibt in der Notariatskanzlei liegen. Mittlerweile wird Graf von seinen Creditoren (den Gebrüdern Meier) rechtlich betrieben und unter Anderm jener noch in der Notariatskanzlei liegende Kaufschuldbrief gepfändet. Hierauf entsteht Streit zwischen dem Waldburger und den Gebrüdern Meier, indem Waldburger den Kaufschuldbrief als sein Eigenthum anspricht, gegründet darauf, daß Graf ihm den Brief cedirt habe und daß die Pfändung nicht gültig vorgenommen worden sei, weil der Gemeindeammann nicht befugt sei, Gegenstände zu pfänden, welche außer der Gemeinde liegen.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß dem Gemeindeammanne nach §. 39 des Gesetzes über die Gemeindsverwaltung vom 30. Mai 1831 (Bd. I. S. 105) die Besorgung des Rechtstriebes der politischen Gemeinde, in welcher er Beamter ist, zukommt und obliegt, über diese hinaus dagegen seine Competenz als Rechtstriebbeamter nicht reicht, woraus folgt, daß bei der Betreibung einer in der Gemeinde wohnenden oder Aufenthalt nehmenden Person dem Gemeindeammannamte dieser Gemeinde zukommt, beziehungsweise obliegt, die Pfändung der innerhalb dieser Gemeinde befindlichen Gegenstände des Betriebenen vorzunehmen, nicht dagegen derselbe competent ist, die Pfändung auch auf solche Gegenstände auszudehnen, welche allfällig der Betriebene außer dieser Gemeinde liegen hat; —

2) daß an dem Gesagten der Umstand nichts ändern würde, daß die außer der politischen Gemeinde befindlichen Gegenstände des Betriebenen in derjenigen Notariatskanzlei liegen, in deren Kreis dieselbe (die Gemeinde) gehört, da die Eintheilung des Cantons in Notariatskreise und diejenige in Bezirke und politische Gemeinden von einander unabhängig sind, die Competenz der Rechtstrieb-

Digitized by Google

beamten nun aber sich nach den Bezirken und Gemeinden richtet, mithin auf dieselbe das Verhältniß der Gemeinde zum Notariatskreise nicht von Einfluß sein kann; —

3) daß daher die vom Gemeindeammannamte Wülflingen am 6. Dec. d. J. bei der Betreibung des Jacob Graf im Radhof, Gemeinde Wülflingen, vorgenommene Pfändung eines zu seinen (des Graf) Gunsten von Mettler errichteten Kaufschuldbriefes vom 23. Juni d. J., da derselbe in der Notariatskanzlei Wülflingen, welche in der Stadt Winterthur ist, sich befindet, wegen mangelnder Competenz des Gemeindeammannamtes Wülflingen zu dieser Pfändung als ungültig erscheint; —

4) daß indeß die Ansprache des Klägers auch materiell als begründet angesehen werden müßte, weil nach der vor erster Instanz unbestritten gebliebenen Behauptung des Klägers, es habe Graf schon bei seiner Behufs der Fertigung des Kaufvertrages mit Mettler stattgefundenen Comparition in der Notariatskanzlei dem Notar erklärt, daß die Forderung dem Kläger cedirt sei, und verlangt, daß hievon Vormerk am Protokoll genommen werde, verbunden theils mit dem Inhalte des Scheines vom 23. Juni d. J., dessen Aechtheit und richtiges Datum nicht ist in Abrede gestellt worden und aus welchem wieder nicht nur die an den Kläger geschehene Cession der Forderung, sondern auch seine Ermächtigung den „ihm zu Eigenthum abgetretenen" Schuldbrief in der Kanzlei in Empfang zu nehmen und damit beliebig zu verfügen, hervorgeht, theils mit dem Umstande, daß Graf selbst, als bei ihm zu Gunsten der jetzigen Beklagten gepfändet werden sollte, nach Inhalt des Pfandscheines Act. 5 ausdrücklich dem Pfändungsbeamten bemerkt hat, es gehöre der in der Notariatskanzlei liegende Schuldbrief nicht ihm (dem Graf), sondern dem jetzigen Kläger, angenommen werden muß, daß, wenn schon dieses Schuldinstrument in Folge einer gewissen Unbehülflichkeit in Behandlung der Sache auf

Digitized by Google

den Namen des Graf ausgestellt wurde, doch die Meinung des letztern offenbar dahin ging, den jetzigen Kläger für den betreffenden Theil der Forderung desselben auf seinen (Graf's) Schuldner (Mettler) in der Art anzuweisen, daß der Kaufschuldbrief für den Kaufrest, welchen Mettler ihm (dem Graf) schuldig verblieben war, sofort zu Gunsten des Klägers errichtet und von letzterm unmittelbar aus der Notariatskanzlei bezogen werden sollte, so daß also dieses nie in die Hand des Graf oder eines Stellvertreters desselben gelangte und schon bei und vor seiner Errichtung für den Kläger bestimmte Instrument nie in das Eigenthum des Graf gekommen war und es somit auch einer Tradition an den Kläger nicht bedurfte, oder doch, wenn man auch das Gegentheil wegen der Ausstellung auf Graf's Namen annehmen wollte, die körperliche Uebergabe durch die in dem Scheine Act. 5 enthaltene Ermächtigung des Klägers, das Instrument in der Kanzlei in Empfang zu nehmen, und den zugleich in dieser Ermächtigung liegenden Auftrag an den Notar, es dem Kläger auszufolgen, vollständig ersetzt wurde, indem hiedurch sowol bei Graf als dem jetzigen Kläger die Vorstellung, daß der Notar das Instrument vom Augenblicke der Errichtung an nicht mehr für den ersten, sondern für den letztern inne habe, obwalten und bei dem jetzigen Kläger das Bewußtsein der Herrschaft über die betreffende körperliche Sache, das Instrument, sich eben so gewiß hat bilden müssen, als bei dem Graf dasjenige des Aufhörens derselben :: —

mit Einmuth gefunden:

Es sei die Berufung der Beklagten unbegründet, und hierauf

erkannt:

1. Sei die Ansprache des Klägers auf Eigenthum an dem fraglichen Kaufschuldbriefe gutgeheißen; —

2. Habe es hinsichtlich der erst- und zweitinstanzlichen Prozeßkosten bei den Bestimmungen des bezirksgerichtlichen Urtheils sein Verbleiben; —

Digitized by Google

3. Haben die Beklagten die heutigen Prozeßkosten und an den Kläger eine Entschädigung von 12 Fr. zu bezahlen. (Civilprot. vom 14. Dec. 1848 i. S. Meier c. Waldburger.)

---

29. Die Nägeli wird von dem Zünd aus Darlehen belangt; sie wendet ein, daß sie zur Zeit der Contrahirung des Darlehens nach den Gesetzen des Cantons St. Gallen handlungsunfähig gewesen sei.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß die zunächst angestellte Klage aus Darlehen aus den im erstinstanzlichen Urtheile angeführten Gründen abzuweisen, hiebei auch dem klägerischen Begehren, daß über das zur Anwendung zu bringende St. Gallische Recht hinsichtlich der Handlungsfähigkeit von den dortigen Behörden nochmals Aufschluß verlangt werde, nicht zu entsprechen ist, da derselbe durch Act. 13 und 14 auf unzweifelhafte Weise schon gegeben wurde; —

2) daß, obgleich das von dem Handlungsunfähigen abgeschlossene Rechtsgeschäft für ihn unverbindlich ist, d. h. eine Handlung desselben (ganz abgesehen übrigens von Unerlaubtem) für ihn diejenige Verpflichtung nicht hervorbringt, welche sonst bei vorhandener Handlungsfähigkeit aus deren Vornahme entstehen würde, — doch hiemit nicht ausgeschlossen ist, daß, wo eine Verpflichtung nicht aus einer Handlung des Verpflichteten, sondern aus einem andern Umstand (ex re), z. B. aus der Thatsache der Bereicherung, entsteht, dieselbe (die Verpflichtung) auch für den Handlungsunfähigen vorhanden sei, — ein Rechtssatz, mit Bezug auf welchen auch das St. Gallische Gesetz über das Vormundschaftswesen vom 29. November 1833 (Act. 14) etwas Gegentheiliges nicht enthält; —

3) daß mithin, wenn auch gegen den Handlungsunfähigen, der ein

Digitized by Google

Darlehen empfing, die Darlehensklage nicht angestellt werden kann, ebensowenig der Darleher gegen ihn klagen kann, wenn er das Geld verloren oder verschwendet hat, doch, wenn das Geld bei ihm noch in natura vorhanden ist, oder wenn er es zum Ankauf von Sachen verwendet hat, deren er nothwendig bedurfte und für die er also sonst anderweitiges Geld hätte ausgeben müssen, aus der hiedurch erfolgten Bereicherung der Darleiher mit der condictio sine causa darauf gegen den Handlungsunfähigen klagen kann, daß er ihm so viel wieder erstatte, als er reicher ist; —

4) daß nun angenommen werden kann, Kläger habe eventuell aus der Bereicherung der Beklagten klagen wollen, da er schon erstinstanzlich behauptete, es sei das dargeliehene Geld auf die Anschaffung der Aussteuer bei der Verehelichung der Beklagten von derselben verwendet worden, indem eine solche Verwendung unzweifelhaft als eine nützliche und nothwendige anzusehen wäre, nun aber über die von Kläger eingelegten Briefe (Act. 15), aus welchen die Richtigkeit jener Behauptung hervorgehen soll, vor der ersten Instanz eine einläßliche Parteiverhandlung gar nicht stattgefunden hat (wie denn auch in dem Urtheile des Bezirksgerichtes dieser eventuelle Klagegrund nicht berührt ist), weßhalb unter Aufhebung des ausgefällten Urtheils Rückweisung des Prozesses erfolgen muß, um in der bezeichneten Beziehung Verhandlungen eintreten zu lassen und sodann ein neues Urtheil auszufällen:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei das Urtheil des Bezirksgerichtes Horgen vom 21. August d. J. aufgehoben und seien die Acten an dasselbe zurückgewiesen, mit dem Auftrage, gemäß Erw. 4 zu verfahren; —

2. Seien die Kosten einstweilen von beiden Parteien zu gleichen Theilen zu tragen. (Civilprot. vom 14. Dec. 1848 i. S. Zünd c. Nägeli.)

Digitized by Google

30. Inwiefern ist die Zurückziehung der Appellation gegen ein Zwischenurtheil unter Vorbehalt zulässig?

Daß zwar allerdings, wenn der seiner Zeit von dem klägerischen Anwalte der Zurückziehung seiner Appellation gegen das bezirksgerichtliche Zwischenurtheil beigefügte Zusatz dahin gegangen wäre, daß Kläger sich vorbehalte, auch später noch gegen die Erheblichkeit der Beweissätze, so wie gegen die Persönlichkeit der Zeugen Einwendungen zu erheben, das Bezirksgericht entweder einen solchen Vorbehalt als unstatthaft erklären oder dann die Zurückziehung der Appellation als nicht geschehen hätte betrachten sollen, nun aber nach dem Inhalte der fraglichen Erklärung verbis: „ich ziehe die erklärte Appellation hiemit wieder zurück", dieselbe nicht als eine bedingte aufgefaßt werden kann, wogegen der Vorbehalt „die Erheblichkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen in jeder Beziehung zu prüfen und zu würdigen", sofern damit gesagt sein sollte, Kläger wolle auch später nach der Zeugeneinvernahme noch dagegen Einwendungen erheben, daß die Beweissätze, welche in dem Zwischenurtheile für erheblich erklärt worden waren, erheblich seien, ferner, er wolle nicht nur die Aussagen der abgehörten Zeugen materiell würdigen, sondern aus der Persönlichkeit der als zulässig erklärten Zeugen später noch Einwendungen gegen deren Glaubwürdigkeit herleiten, ohne alle rechtliche Bedeutung erscheint, es wäre denn, daß die Gegenpartei selbst ihm gestattet hätte, derartige Einwendungen später nach der Einvernahme der Zeugen noch vorzubringen, wofür nun aber Nichts vorliegt. (Civilprot. vom 14. December 1848 i. S. Kuhn c. Mack und Häpe.)

---

31. Einrede der Bürgen betreffend noch nicht erfolgte oder betrügerische, wenigstens ungeschickte Liquidation.

Digitized by Google

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß die Beklagten der klägerischen Partei Bürg- und Zahlerschaft für eine grundversichert gewesene Schuld des in Concurs gerathenen Jacob Hofmann geleistet zu haben, nicht bestreiten und ebensowenig Einwendung machen gegen die Berechnung, wonach sich der wirkliche Verlust, welchen die Klägerschaft bei Liquidation des Zuges der für die fragliche Forderung verschrieben gewesenen Pfande erlitten hat, auf 3318 fl. 21 ß. herausstellt, so daß also auf die einzelnen Bestandtheile dieser Summe, deren Ersatz nunmehr von den Beklagten verlangt wird, nicht eingetreten zu werden braucht und bloß noch die Begründetheit oder Unbegründetheit der erhobenen Einreden in Betracht fällt, wobei indeß dießseitige Stelle sich auf die Würdigung derjenigen beschränken kann, welche davon hergenommen sind, daß

erstens der Zug noch nicht liquidirt und daher die Forderung noch nicht reif, —

zweitens die Liquidation in fraudem creditorum (soll wol heißen: der Bürgen) und jedenfalls nicht mit der gehörigen Vorsicht geschehen und namentlich die Gant nicht unter Beobachtung der Vorschriften der obrigkeitlichen Gantordnung abgehalten worden sei, daher das Gantergebniß nicht als maßgebend angesehen werden könne und eventuell das um beiläufig 300 fl. vortheilhaftere Ergebniß der frühern Gant zum Grunde gelegt werden müsse, —

indem die fernere Einrede, es sei die Bürg- und Zahlerschaft ausdrücklich nur „bis der Versicherungsbrief gelöscht sein werde" übernommen worden, nun aber der Schuldbrief (NB. in Folge des damit geschehenen Zuges) entkräftet und daher die Bürgschaft erloschen, keiner Widerlegung werth ist, mit Rücksicht darauf, daß die Bedeutung jener Worte durch die sich daran anschließenden

Digitized by Google

„wie weit hinaus sich dieß auch durch Erneuerung und Verlängerung erstrecken und verziehen mag“ klar genug hervortritt und die übrigen vor zweiter Instanz nicht speciell wiederholten, sondern nur im Allgemeinen unter Bezugnahme auf die erstinstanzlichen Vorträge wieder aufgenommenen Einwendungen ihre zureichende Berücksichtigung in den darauf bezüglichen Erwägungen des Bezirksgerichtes finden;

2) daß nun ad 1) zwar von der Klägerschaft die Liquidation des Zuges in der Art, daß sie sich bloß für allfälligen Ausfall an die Bürgen halten werde, scheint übernommen worden zu sein, obgleich sie nach der Beschaffenheit der Bürgschaft dazu nicht verpflichtet gewesen wäre, dessen ungeachtet aber die Einrede für völlig unbegründet gehalten werden muß, indem nicht nur, wie das Bezirksgericht mit Recht annimmt, der Beweis dafür, daß der Verkauf der Zugsobjecte an Müller ein bloß simulirter sei, woraus Beklagte allein die noch nicht erfolgte Beendigung der Liquidation ableiten, nicht erbracht ist, sondern überdieß darauf, ob er ernstlich gemeint gewesen sei oder nicht, und ob namentlich, wie Beklagte behaupten, die Klägerschaft sich die Befugniß, den Verkauf aufzuheben und die Kaufsobjecte wieder an sich zu ziehen, vorbehalten habe, gar nichts, sondern alles darauf ankommt, ob aus den letztern unter Anwendung des gehörigen Fleißes mehr als das von Müller geschehene Angebot zu erlösen gewesen wäre und somit die Klägerschaft entweder durch den erhältlich gewesenen Kaufpreis oder in dem Werthe der von ihr zurückbehaltenen, resp. wieder an sich zu ziehenden Grundstücke mehr als sie jetzt berechne, an ihre Forderung wirklich erhalten habe oder doch hätte erhalten können, dieß nun aber von den Beklagten nicht einmal zu beweisen angeboten und noch viel weniger erwiesen worden ist und wogegen sogar ihre Behauptung, daß Müller sich von der Klägerschaft einen Revers habe geben lassen, daß

Digitized by Google

er bei seinem Gebote nicht behaftet sein solle, wenn es sich wirklich so verhielte, ganz entscheidend spräche, indem ja sofort einleuchtet, daß derselbe, sich auf diese Weise sicher zu stellen, nur dann ein Interesse gehabt hätte, wenn er zu dem von ihm gebotenen Preise auf dem Kaufe Verlust zu machen befürchtet, der Preis also den wahren Werth der Kaufsobjecte überstiegen haben oder mindestens nicht bedeutend unter demselben zurückgeblieben sein würde; —

3) daß ad 2) insoweit diese Einrede sich wieder auf die angebliche Simulation des Müller'schen Kaufes gründen soll, darauf alles bereits ad 1 Angeführte paßt und somit, wenn Müller bei seinem Gebote nicht hätte behaftet sein wollen, eher anzunehmen wäre, es sei der berechnete Werth der Unterpfande zu hoch, die Regreßsumme also zu niedrig und mithin der bloße Scheinverkauf nichts für die Bürgen Nachtheiliges, sondern eher etwas zu ihrem Vortheile Gereichendes, es habe also Alles eher als eine gegen die Bürgen begangene Arglist stattgefunden, — wogegen, wenn die Benachtheiligung der Bürgen daraus hergeleitet wird, daß die Klägerschaft nicht auf das allerdings um beiläufig 300 fl. günstigere Ergebniß der ersten Gant hin die Zusage ertheilt habe, vorerst von einer Arglist wohl um so weniger die Rede sein kann, als es der klägerischen Partei offenbar ganz gleich sein konnte, ob sie diese 300 fl. von dem Käufer der Grundstücke oder von den Beklagten erhalten werde, und es überhaupt für sie an jedem Interesse, den Beklagten diesen Verlust zuzuziehen, fehlte, — sodann aber und gesetzt, es hätten die Beklagten bloß sagen wollen, die Klägerschaft habe durch ihr Nichteingehen auf das Meistgebot der ersten Gant sich ungeschickt benommen und sei daher schuldig, den Unterschied zwischen dem Ergebniß der ersten und zweiten Versteigerung an sich selbst zu tragen, auch dieses nicht richtig ist, da Nichts dafür vorliegt, daß sie vernünftige und zureichende Ursache gehabt hätte, anzunehmen, es sei das Ergebniß der ersten

Digitized by Google

Gant als ein unter den obwaltenden Umständen günstiges anzusehen und stehe mit Wahrscheinlichkeit zu befürchten, daß ein anderweitiger Verkaufsversuch noch weniger befriedigend ausfallen werde, vielmehr sehr begreiflich erscheint, daß sie ein Angebot von 2178 fl. für Liegenschaften, welche ihr um 4700 fl. verpfändet waren, um so eher für ein unzulängliches und dem Werthe der Unterpfande nicht entsprechendes ansehen konnte, als sie wol annehmen durfte, daß die Beklagten, indem sie sich bloß zwei Jahre vorher für die so beträchtliche Forderung verbürgt hatten, dieß wesentlich in Betracht der Unterpfande und der daraus verhofften, im schlimmsten Falle wenigstens annähernden Deckung werden gethan und daher selbst den Werth dieser Unterpfande ohne Zweifel beträchtlich höher als beiläufig 2100 bis 2200 fl. angeschlagen haben, — wozu dann übrigens noch kommt, daß die Beklagten, denen ja von der Versteigerung gebührende Anzeige gemacht worden ist und dadurch die Möglichkeit gegeben war, durch ihr Erscheinen auf der Gant die Gebote zu controliren und nöthigenfalls selbstbietend den Erlös zu erhöhen, es sich selbst zuschreiben mögen, wenn Klägerschaft trotz des großen Ausfalles, der sich schon aus dem ersten Gantergebniß herausgestellt hatte, und der noch größern Einbuße auf der zweiten Gant, es auf einen dritten Versuch nicht ankommen lassen wollend, sich zur Zusage entschlossen; —

4) daß, wenn dann endlich auch noch sich auf Fehler, die bei der Gant stattgefunden haben sollen, bezogen und darum das Gantergebniß nicht als maßgebend erklärt wird, hierauf schon darum nicht einzutreten ist, weil diese Behauptung heute zum ersten Male aufgestellt und übrigens nicht einmal erwähnt wird, worin diese Fehler bestanden haben sollen:: —

mit Einmuth gefunden:

Sei die Berufung der Beklagten unbegründet, und hierauf

Digitized by Google

erkannt:

1. Seien die Beklagten schuldig, an die Kläger die Summe von 3318 fl. 21 ß. zu bezahlen; —

2. Habe es bei den Kosten- und Entschädigungsbestimmungen des bezirksgerichtlichen Urtheils sein Verbleiben; —

3. Haben die Beklagten auch die dießseitigen Kosten und an die Kläger für heute eine prozessualische Entschädigung von 12 Fr. zu bezahlen. (Civilprot. vom 16. Dec. 1848 i. S. Honegger u. Raimann c. Pestalozzi.)

---

32. Ueber gerichtliche Ratification von Käufen um Liegenschaften, welche zwischen Eltern und Kindern abgeschlossen werden, hat das Obergericht sich dahin ausgesprochen:

Daß das Gesetz vom 22. Mai 1812 die gerichtliche Ratification für nothwendig erkläre, sobald Eltern oder Großeltern Haus oder Güter an einzelne ihrer Kinder oder Enkel verkaufen, und nicht unterscheide, ob ein solcher Verkauf auf offener Gant oder aus freier Hand stattgefunden habe, daher das Obergericht mit Rücksicht darauf, daß, wenn auch ein Verkauf auf einer Gant allerdings mehr Sicherheit gegen allfällige Umgehung der Erbgesetze und Benachtheiligung der übrigen Kinder oder Enkel gewähre, als dieß bei einem Verkaufe aus freier Hand der Fall sei, denn doch die Möglichkeit eines allfällig die Begünstigung des Einen oder Andern bezweckenden Verfahrens auch bei der erstern Art der Veräußerung keineswegs ausgeschlossen und somit absolute Gewißheit für das Nichtvorhandensein einer solchen Begünstigung nicht vorhanden sei, immer angenommen hat, daß der Verkauf auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung der Anwendbarkeit der Bestimmungen des citirten Gesetzes keineswegs im Wege steht (Recursalbescheide i. S. Jacob Egli vom 15. April 1843, ferner Joh. Notz vom 14. Nov. 1846 und i. S. Gut vom 28. Dec.

Digitized by Google

1846). — Von dieser Regel hat das Obergericht (durch ein unter dem 5. März 1833 i. S. der Geschwister Stettbacher zu Döbendorf erlassenes Urtheil) in einem Falle eine Ausnahme als statthaft erklärt, wo ein Sohn oder Enkel ein einzelnes Grundstück aus mehreren, die von dem Vater oder Grosvater auf die Gant gebracht worden waren, als Meistbieter erstanden hatte. (Justizpr. vom 30. Dec. 1848, Nr. 32.)

---

33. Die Bezirksgerichte, resp. deren Commissionen, haben in allen Fällen, wo bei ihnen Zweifel hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit einer Partei obwalten, in deren Interesse Baarauslagen irgend einer Art aus der Gerichtskasse veranlaßt werden sollten, derselben rechtzeitig hinreichende Caution für die vorauszusehenden Auslagen (Zeugen- oder Expertengebühren u. s. w.) aufzulegen oder, wenn die Anwendung dieser Maßregel in Rücksicht auf die eigenthümlichen Verhältnisse der betreffenden Partei eine besondere Härte zur Folge hätte, bei dem Obergerichte um eine Anleitung einzukommen. (Justizpr. vom 30 Dec. 1848, Nr. 32.)

---

34. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Herr altFriedensrichter Caspar Höhn in Horgen habe verschiedene Liegenschaften an seinen Tochtermann Herrn Hs. Conrad Stäubli daselbst verkauft; den dießfälligen Vertrag vom 9. d. M. haben die Contrahenten dem Bezirksgerichte Horgen zur Ratification vorgelegt; —

B. Das Bezirksgericht habe laut Beschlusses vom 11. d. M. den Vertrag den Contrahenten zurückgestellt mit dem Bemerken, daß derselbe zu seiner Gültigkeit der gerichtlichen Ratification nicht bedürfe, indem das Gesetz vom 22. Mai 1812 betreffend die Güterverkäufe von Eltern und Großeltern an Kinder und Enkel hier keine Anwendung finde; —

Digitized by Google

C. Ueber diesen Beschluß beschweren sich nun vorerst die beiden Contrahenten, weil nach ihrer Ansicht es keineswegs als ausgemacht angesehen werden könne, daß das citirte Gesetz auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finde, es ihnen aber darum zu thun sei, zu verhüten, daß das Geschäft früher oder später angefochten werden könne, — und stellen daher das Gesuch, daß, sofern das Obergericht mit der Ansicht des Bezirksgerichtes nicht einverstanden sein sollte, das letztere angewiesen werde, den fraglichen Kauf nach Vorschrift des Gesetzes vom 22. Mai 1812 zu behandeln; —

D. Ueber den fraglichen Beschluß des Bezirksgerichtes beschwere sich ferner auch Herr Fürsprech Spöndlin Namens des Sohnes des Verkäufers, weil zwar allerdings das citirte Gesetz seinem Wortlaute nach auf den vorliegenden Kauf keine Anwendung finde, unzweifelhaft aber seinem Zwecke und seiner Bedeutung nach:: —

in Erwägung:

1) Daß das Gesetz vom 22. Mai 1812 in seiner wörtlichen Auffassung, indem es bloß von Verkäufen von Eltern und Großeltern an ihre Kinder und Enkel, also an leibliche Descendenten spricht, auf den vorliegenden Fall, wo der Verkauf an einen Tochtermann stattgefunden hat, nicht paßt, — und eine analoge Anwendung nach dem Beweggrunde und Zwecke desselben, welcher, wie aus der Einleitung und §. 2 zu entnehmen ist, dahin geht, zu verhindern, daß nicht ein Ascendent aus Vorliebe für einen oder mehrere seiner Descendenten dem- oder denselben durch Ueberlassung eines wichtigen Theiles seines Vermögens (der Immobilien) zum Nachtheile der übrigen dauernde Vortheile in der Form eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden zuwende, und hiedurch die Erbgesetze, welche den letztwilligen Verfügungen der Ascendenten nur einen unbedeutenden Spielraum lassen und sämmtliche Descendenten in der Verlassenschaft ihres gemeinschaftlichen Vaters oder Großvaters wesentlich gleichgehalten wissen wollen, umgehe, —

Digitized by Google

schon mit Rücksicht auf die Natur der gesetzlichen Bestimmung, als einer singulären, Bedenken erregen würde, dann aber auch darum, weil bei dem Verkaufe an ein oder mehrere leibliche Kinder oder Enkel die Begünstigung eines oder mehrerer Intestaterben gegenüber den andern, also die Umgehung der Erbgesetze durch zu geringen Anschlag der Kaufsobjecte, immer nothwendig und unmittelbar eintritt, während dieß bei dem Verkaufe an einen Tochtermann, der ja gar nicht unter die Intestaterben gehört, nur mittelbar und unter der weiteren Voraussetzung, daß entweder der Tochtermann bloß anstatt der Tochter vorgeschoben würde, und somit eine Umgehung des Gesetzes vom 22. Mai 1812 selbst vorläge, oder daß der Tochtermann, von seiner Frau, der Tochter des Verkäufers, leibliche Kinder habe und diese ihn überleben, der Fall wäre, wogegen sonst der Verkauf an den Tochtermann in seinen Wirkungen demjenigen an einen Fremden (einen mit dem Verkäufer in gar keinem verwandt- und erbschaftlichen Verbande stehenden Dritten) ganz gleich stände, nun aber das Gesetz nicht jeder möglichen Beeinträchtigung der Erbrechte, resp. der Erbshoffnungen des Descendenten, sondern bloß denjenigen, welche zugleich eine Begünstigung anderer gleichberechtigter Descendenten enthalten, vorbeugen will; —

2) daß daher auch das Obergericht in früheren Fällen (vgl. z. B. Recursalbescheid vom 4. November 1848 i. S. Jacob und Heinrich Keller) sich für die Ansicht, daß das citirte Gesetz auf Verkäufe an einen Tochtermann nicht Platz greife, ausgesprochen und Demjenigen, der sich auf eine stattgefundene Umgehung des Gesetzes berufen zu können vermeint, lediglich das Geschäft auf gewohntem Wege anzufechten überlassen zu sollen geglaubt hat:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei die Beschwerde beider Recurrenten unbegründet; —

Digitized by Google

2. Tragen sie die Kosten gemeinschaftlich zu gleichen Theilen. (Justizprot. vom 30. Dec. 1848, Nr. 11.)

---

35. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Anna geb. Keller in Wettschweil habe sich von ihrem Ehemanne (dem Recurrenten) wegen angeblich erlittener gewaltthätiger Mißhandlungen und lebensgefährlicher Drohungen entfernt und ihr einjähriges Kind mitgenommen; —

B. Auf Begehren des Recurrenten habe das Bezirksgerichtspräsidium Affoltern laut Verfügung vom 24. October d. J. der Frau Job den Befehl zugehen lassen, zu ihrem Manne zurückzukehren, das weitere Begehren dagegen, daß ihr aufgegeben werde, das Kind dem Vater auszufolgen, abgewiesen; —

C. In letzterer Beziehung beschwere sich nun Herr Proc. Funk Namens des Job über die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums, indem er die angeblichen Ursachen der Entfernung der Frau Job bestreite und sich darauf berufe, daß der Vater, so lange die Ehe bestehe, vermöge seiner väterlichen Vormundschaft das Recht habe, über Erziehung und Aufenthalt seiner Kinder zunächst frei zu verfügen, und die Mutter nur, wenn sie nachweisen könne, daß dieselben in leiblicher und sittlicher Beziehung verwahrlost werden, bei der zuständigen Behörde auf Abhülfe dringen könne; —

D. In Beantwortung des Recurses anerbiete Herr Fürsprech Dr. Schauberg Namens der Frau Job jenen Beweis und führe einzelne Thatsachen an, um die Entfernung der Frau Job von ihrem Manne zu rechtfertigen und darzuthun, daß demselben das Kind nicht ohne Besorgniß überlassen werden könne; —

E. Herr Bezirksgerichtspräsident Stehli erkläre, daß er sich zu einem weiteren Berichte nicht veranlaßt sehe:: —

Digitized by Google

in Erwägung:

1) Daß, wenn zwar die Ehefrau Job von competenter Stelle die Bewilligung, vorläufig und bis zum Entscheide eines bereits anhängigen oder erst noch einzuleitenden Scheidungsprozesses factisch getrennt von ihrem Manne zu leben, erhalten hätte, dann auch wol in analoger Anwendung des §. 122 des Matrimonialgesetzes ihr die Befugniß, ihr erst ein Jahr altes Kind bei sich zu behalten, nicht abgesprochen werden könnte, wogegen bei einer eigenmächtigen Entfernung derselben von ihrem Manne dieselbe, wenn auch übungsgemäß ein unmittelbarer Zwang zur Wiedervereinigung gegen ihre Person nicht stattfindet, doch sich der Ausfolgung des Kindes an den Vater, unter dessen väterlicher Gewalt es steht, und welchem daher, bis die zuständigen Behörden „wegen erheblicher Besorgniß einer Vernachlässigung des Kindes" im Interesse desselben auch während des Bestandes der Ehe einzuschreiten sich veranlaßt finden, die Verfügung über den Aufenthalt und die Erziehung zukommt, zu widersetzen nicht befugt ist; —

2) daß daher die recurrirte Schlußnahme des Bezirksgerichtspräsidenten, soweit sie sich auf das Kind bezieht, als gerechtfertigt nicht erscheint, vielmehr der Frau Job, wenn sie ernstliche Besorgniß für das Wohl des Kindes, sofern es beim Vater bleiben würde, hegt, lediglich überlassen bleiben muß, die zuständigen Behörden um geeignete Vorsorge anzugehen:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und daher unter Abänderung der recurrirten Verfügung, soweit sie sich auf das Kind bezieht, der Ehefrau aufgegeben, das Kind bei Vermeidung von Ahndung und nöthigenfalls unmittelbarer Vollstreckung dem Recurrenten auszufolgen; —

2. Trage sie die Kosten. (Justizpr. vom 30. Dec. 1848, Nr. 13.)

Digitized by Google

36. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Johannes Baumann, Bäcker und Weinschenk in Oetikon, Gemeinde Stäfa, bei welchem die Recurrentin zur Miethe wohne, sei von Herrn Pancratius Danner im Sellnau betrieben worden; die sämmtlichen als Pfande eingeschriebenen Fahrhabegegenstände habe Recurrentin (Elisabetha Kunz von Wald, dato in Stäfa) als Eigenthum angesprochen; —

B. Der Creditor habe amtliche Verwahrung der Pfande verlangt, Recurrentin aber sich derselben widersetzt, und beschwere sich nun darüber, daß das Bezirksgerichtspräsidium Meilen auf dießfälliges Begehren jene Maßregel nicht gänzlich untersagt, sondern bloß für vier Tage suspendirt habe; —

C. Zur Begründung ihrer Einsprache gegen die amtliche Verwahrung, resp. zum Beweise ihres Eigenthums an den Pfanden, berufe sich die Recurrentin auf verschiedene Urkunden, wonach Baumann ihr unter dem 22. Mai d. J. sämmtliche Fahrhabe verkauft, sie dagegen ihm dieselben unter dem 30. gl. M. miethweise wieder zur Benutzung überlassen hatte; —

D. Herr Fürsprech Klauser trage Namens Hrn. Danner auf Verwerfung des Recurses an, weil dieses Geschäft offenbar fingirt und nur darauf berechnet sei, die Creditoren des Baumann leer ausgehen zu lassen; —

E. Herr Bezirksgerichtspräsident Wetli erkläre, daß er sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe; —

F. Unter dem 20. d. M. habe die Justiz-Commission das Bezirksgerichtspräsidium beauftragt, die Vollziehung der amtlichen Verwahrung einstweilen insofern zu sistiren, als die Recurrentin durch Bürg- und Zahlerschein zweier habhafter Cantonseinwohner Caution dafür leiste, daß bis zu Erledigung des Recurses von den gepfändeten Gegenständen Nichts werde veräußert oder verschlechtert werden:: —

Digitized by Google

in Erwägung:

1) Daß darauf, wie es sich mit dem Beweise des von der Recurrentin behaupteten Eigenthums an den fraglichen Gegenständen verhalte, gegenwärtig nicht einzutreten ist, indem dieß nach §. 25 des Schuldbetreibungsgesetzes vom 7. April 1842 in den ordentlichen Prozeß gehört, vielmehr folgende zwei Fragen zu beantworten sind:

   a) Steht der Umstand an sich, daß ein Dritter Eigenthum an den bei der Betreibung des Schuldners formell richtig gepfändeten Gegenständen anspricht, deren amtlicher Verwahrung entgegen?

   b) Kann der Dritte die amtliche Verwahrung der von ihm angesprochenen Gegenstände abwenden, und auf welche Weise? —

2) daß die erste Frage zu verneinen ist, da der §. 26 des cit. Gesetzes die amtliche Verwahrung der eingeschriebenen Pfande überhaupt zuläßt, und nach §. 20 auch solche Gegenstände als Pfande einzuschreiben sind, welche von dem Dritten angesprochen werden; —

3) daß die zweite Frage, da die Bestimmung des §. 26 bloß Sicherstellung des Gläubigers gegen Veräußerung oder Verschlechterung der eingeschriebenen Pfande bezweckt, bejaht werden darf, insofern der Eigenthumsansprecher im Stande ist, den Gläubiger auf andere geeignete Weise in jenen Beziehungen sicher zu stellen; —

4) daß die geeignete Weise der Sicherstellung darin besteht, daß nach vorhergegangener amtlicher Schatzung der angesprochenen Gegenstände, wobei die Kosten definitiv vom Eigenthumsansprecher zu bezahlen sind, dieser die Schatzungssumme in Baar gerichtlich deponirt; —

5) daß, da aus der Recursschrift hervorgeht, daß Recurrentin erstinstanzlich Sicherstellung nicht angeboten hatte, sie sich mit Unrecht über die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten beschwert, und ihr lediglich zu überlassen ist, sofern sie die amtliche Verwahrung

Digitized by Google

der bei der Betreibung des Baumann von Seiten des Herrn Danner gepfändeten und von ihr als Eigenthum angesprochenen Gegenstände abwenden will, gemäß Erw. 4 zu verfahren:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet und habe daher die amtliche Verwahrung der Gegenstände stattzufinden, es wäre denn, daß Recurrentin gemäß Erw. 4 verfahren würde, in welcher Beziehung sie zunächst an den Bezirksgerichtspräsidenten gewiesen wird; —

2. Trage Recurrentin die Kosten. (Justizpr. vom 30. Dec. 1848, Nr. 14.)

XVI.

Ueber die Bedeutung des Pfandrechtes an Fässern als Pertinenz von Liegenschaften.

H. verschreibt dem B. für 1500 fl. Capital Liegenschaften; dann heißt es im Schuldbriefe: „Dazu sollen gehören (sc. als Pfand) sieben Stücke Fässer circa 200 Eimer haltend, im großen Keller" u. s. w. Nachher ersetzt der Schuldner circa 50 Eimer dieser Fässer durch andere, geräth später in Concurs, und jetzt wird dem Briefinhaber das Pfandrecht wenigstens auf diese seit der Verpfändung angeschafften bestritten, weil, wenn auch Fässer durch die Notariatsprotokolle verpfändet werden können, dieß Pfandrecht doch nur gültig sei an den damals vorhandenen, nicht aber erst später angeschafften Fässern. Der Briefinhaber meinte, ihm sei zu Pfand gegeben ein gewisses Quantum Fässer, das als Pertinenz des Hauptpfandes, des Hauses, immer vorhanden sein solle, gleichviel in welchen Stücken.

Digitized by Google

Das Obergericht erklärte, an sich seien Fässer bewegliche Sachen und nicht Pertinenz des Hauses, daß sie aber durch den Willen der Contrahenten dazu gemacht werden können (Monatschronik, Bd. VIII. S. 265 ff.; Beiträge, Bd. VII. S. 49 ff.), und sagt dann ferner:

4) daß nun im vorliegenden Falle durch die bei Verpfändung des Hauses im Schuldbriefe aufgenommene Bestimmung: „Dazu gehören sieben Stücke Fässer, circa 200 Eimer haltend, im großen, und sechs Stücke, beiläufig 37 Eimer haltend, im kleinen Keller", der Wille des Verpfänders, zwar nicht alle etwa sich künftig einmal in den betreffenden Kellern vorfindliche, wol aber das damals vorhandene Quantum Fässer als Zubehörde zum Hause zu erklären, sich deutlich zu erkennen gibt, daher gegen die Rechtsbeständigkeit der Form der Verpfändung (durch das Notariatsprotokoll) sich Nichts einwenden läßt, wie denn auch in dieser Beziehung von dem Beklagten keine Einwendung erhoben wird; —

5) daß, wenn dann aber derselbe das Pfandrecht an zwei zusammen 50 Eimer haltenden Fässern darum bestreitet, weil sie, wie er zu beweisen anbietet, erst seit der Verpfändung angeschafft worden, und weil gegenwärtig ein größeres Quantum von Fässern (zwar nicht der Fässerzahl, aber ihrem Inhalte nach) vorhanden sei, als zur Zeit der Errichtung des Schuldbriefes, vorerst dieses Letztere mit Sicherheit nicht einmal vorliegt, indem sich zwar jetzt 242 ½ Eimer Fässer vorfinden, während in dem Schuldbriefe nur von 237 Eimern die Rede, hiebei aber nicht außer Acht zu lassen ist, daß dieses letztere Quantum in dem Instrumente nur als ein ungefähres (verbis: „circa 200" und „beiläufig 37") bezeichnet wird, übrigens, wenn auch wirklich eine kleine Differenz sich finden sollte, hierauf wol nichts ankommen kann, da, wie sich gerade wieder aus dem „circa, beiläufig" ergibt, es den Contrahenten auf eine ganz genaue Fixirung des Quantums Fässer, das als Zubehörde betrachtet werden sollte, nicht, sondern bloß auf ein an-

Digitized by Google

näherndes Maß ankam, so wie ihnen auch gewiß nicht in den Sinn kommen konnte, die Pertinenzqualität und mit derselben die Gültigkeit der Verpfändung gerade an die damals vorhandenen besondern Stücke zu knüpfen und dadurch die Ersetzung der abgehenden durch andere ohne Aufhebung der Zubehördseigenschaft und damit auch der Pfandschaft des bezeichneten Quantums Fässer unmöglich zu machen; —

6) daß, wenn daher offenbar das Gewicht der in Rede stehenden Bestimmung auf dem angeführten ungefähren Quantum (Faßgehalt) Fässer liegt und auch kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß die Contrahenten auf die speciellen Stücke, durch welche jenes Quantum damals hergestellt wurde, irgend Werth gelegt haben, es mit Hinsicht auf das Recht des Pfandgläubigers als etwas völlig Gleichgültiges erscheint, ob noch die nämlichen und die gleiche Anzahl von Stücken vorhanden sei, und für entscheidend nur zu halten ist, daß der als zu dem Hause gehörig und mitverpfändet bezeichnete Faßgehalt (immer in Berücksichtigung der im Schuldinstrumente vorfindlichen, bloß ungefähren Angabe) der nämliche geblieben oder, besser ausgedrückt, nicht überschritten worden ist. (Urtheil i. S. Rinderknecht c. Wieser vom 7. October 1848.)

Digitized by Google

XVII.

Gehört nach dem Eglisauer Stadtrechte auch das verfangene Gut der Ehefrau zur gemeinsamen Gütermasse, resp. zu dem Auffallsgute des Ehemannes?

Das Bezirksgericht Bülach

hat

am 2. November 1848 in Sachen des Herrn Procurator Lauffer in Eglisau, als waisenamtlich bevollmächtigten Anwaltes der Verena Meier, Ehefrau des falliten Rudolf Meier im Löchli in Glattfelden, Klägerin, gegen Hrn. Bürgermeister Dr. Furrer in Zürich, Beklagten, betreffend Weibergut, nach Erdaurung der Parteivorträge und Acten, über die Rechtsfrage: „Ist die Klägerin schuldig, ihr noch verfangenes väterliches Vermögen in die Concursmasse ihres Ehemannes zu werfen?"

da sich ergeben:

A. Vor etwa zwölf Jahren sei Hs. Georg Neukomm von Solgen mit Hinterlassung von zehn Kindern und einer Wittwe gestorben und habe Liegenschaften und Fahrhabe als Vermögen hinterlassen, in welches seine Wittwe und Kinder als Erben sich zu theilen gehabt; — als Vogt der Kinder sei Jacob Siegrist bestellt worden; — die Wittwe habe also Ansprüche auf ihr eigenthümlich zugebrachtes Gut, auf die Hälfte des während der Ehe erzielten Vorschlages, und auf die lebenslängliche Nutznießung des ganzen Nachlasses; — bisher haben die Wittwe und Kinder den ganzen Gewerb benutzt und beworben, welche Benutzung jetzt noch fortdaure, somit eine Theilung irgend eines Vermögenstheiles aus dem Nachlasse des Hs. Georg Neukomm noch nicht stattgefunden habe; — vor etwa fünf Jahren habe sich die Klägerin, Tochter des Hs. Georg Neukomm, mit dem nunmehrigen falliten

Digitized by Google

Meier verehelicht, welchem sie 130 fl. als Werth der Brautfahrt und 255 fl. auf Abschlag des väterlichen Vermögens zugebracht habe, was sie der Masse überlassen wolle; der Beklagte verlange aber, daß auch der Erbtheil, welcher der Klägerin an dem Nachlasse ihres Vaters zustehe, in den Concurs des Ehemannes derselben gezogen und mit den übrigen Activen unter die Creditoren vertheilt werde; die Klägerin protestire aber dagegen, weil

1) die Gütergemeinschaft nur auf das errungene (Erwerbs-) Vermögen Bezug habe; — hiefür berufe sich die Klägerin auf die Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechtes, entwickelt durch Mittermaier im Bd. II. S. 318 (Ausgabe von 1843), wo es heiße: „als man endlich selbst der Ehefrau nach dem Tode des Ehemannes im Falle unbeerbter Ehe ihre Illata nicht mehr zurückgab, wogegen sie aus dem Gesammtvermögen einen Theil erhielt, war erst wahre Gütergemeinschaft da"; — so, behaupte die Klägerin, sei es auch in der Herrschaft Eglisau, wo jeder Ehegenosse sein Stammgut wegziehe, und sonach die Gütergemeinschaft nur auf die Errungenschaft Bezug habe, daher keine unbedingte sei; — diese sei nach Mittermaier, S. 322, §. 387 nur da vorhanden, wo „alle Güter beider Ehegatten ohne Trennung der Arten des Vermögens eine gemeinsame Masse bilden, an welcher, ohne daß Auflösung der Masse in die ursprünglichen Theile erfolge, beiden Ehegatten Rechte zustehen", welche Verhältnisse in der Herrschaft Eglisau nicht existiren; — damit stimmen auch Heise und Cropp in ihrer Abhandlung über die Gütergemeinschaft im Bd. II. S. 533 überein, wo folgende Stelle vorkomme: „Nur da kann möglicher Weise eine vollkommene Gütergemeinschaft während der Ehe angenommen werden, wo weder bei der Succession noch bei der Schuldenzahlung das Eingebrachte der Eheleute, und namentlich der Ehefrau, als ein besonderer Bestandtheil des Stammgutes ausgeschieden und rechtlich behandelt wird"; —

Digitized by Google

diese Requisite, behaupte die Klägerin, kommen bei dem Eglisauer Erbrecht nicht zur Anwendung, indem jedes Gut als rechtlicher Bestandtheil für sich bleibe; somit sei erwiesen, daß in Eglisau keine unbedingte Gütergemeinschaft existire; — nach dem System des deutschen Rechtes sei der Mann nur Vogt der Frau und verwalte ihr Vermögen, und nach den neuesten Schriftstellern gehe da, wo noch äußerlich Gütergemeinschaft vorhanden sei, nur das Vermögen der Frau verloren, welches in die Ehe gebracht worden und das der Mann verwendet habe, anderes aber nicht; auch hafte die Frau nicht persönlich für die Schulden des Mannes, wofür sich die Klägerin berufe

a) auf Mittermaier, Bd. II. S. 366, welcher sage: „Nur das in der Gewähr des Mannes befindliche Gut der Frau kömmt, wenn von ihrer Haftung für die Schulden der Gemeinschaft die Rede ist, in Betrachtung, daher ihr übriges Vermögen in die Gemeinschaft nicht kam, und auch ihr künftiges Vermögen nicht haftet, wenn sich die Frau nicht besonders für eine Schuld verpflichtet hat", —

b) auf Heise und Cropp, Bd. II. S. 488, wo stehe: „Aus jener Ansicht erklärt es sich denn auch völlig, warum jenes Dispositionsrecht des Mannes sich auf diejenigen Güter der Frau beschränkt, welche schon actuell von derselben mit in die Ehe gebracht, oder ihr nachher actuell bereits zugekommen sind, nicht aber auf solche Güter, welche ihr zwar dem Eigenthume nach bereits angefallen sind, die sich aber noch in der Verwaltung und dem Genusse eines Dritten, namentlich des überlebenden parens der Frau, der mit seinen Kindern noch nicht abgetheilt hat, befinden"; —

2) das Eglisauer Erbrecht besage: „hätten sie (die Eheleute) aber von ihrem zugebrachten Gut verthan, oder entweder es wäre hinweg, oder noch an Schulden, so müssen sich beide gleich entgelten", welche Bestimmung mit den oben ausgesprochenen Grundsätzen übereinstimme; —

Digitized by Google

B. Der Beklagte dagegen halte dafür, es sei auch das verfangene Vermögen der Klägerin in den Auffall ihres Ehemannes zu ziehen, denn in Glattfelden herrsche Gütergemeinschaft, und nach dem Eglisauer Erbrechte werde das Weiber- mit dem Mannsgute eine Masse, worin der Beweis für die Gütergemeinschaft liege, indem da, wo keine Kinder seien, das Ueberlebende erbe; — so gut nun die Frau Universalsuccessorin ihres Mannes sei, so hafte sie auch beim Auffalle desselben mit ihrem ganzen Vermögen; — die Klägerin sei Eigenthümerin des verfangenen Gutes, das sie nach constanter Praxis ziehen könne mit dem darauf haftenden Nutznießungsrechte eines Dritten; — wenn sie das freie Gut der Concursmasse lasse, so sei nicht abzusehen, warum nicht auch das ihr eigenthümlich zustehende, jedoch nur verfangene Vermögen dahin gehöre; —

C. Die Klägerin behaupte: Deßwegen, daß bei unbeerbter Ehe der überlebende Ehegatte erbe, herrsche noch keine Gütergemeinschaft, indem der überlebende Ehegatte auch ausschlagen könne; — das von der Frau ihrem Manne nicht zugebrachte Vermögen komme deßwegen nicht in Concurs, weil dasselbe von dem übrigen Theile des Nachlasses des Erblassers noch nicht getrennt und dem Manne noch nicht zur Verwaltung übergeben worden sei; —

D. Der Beklagte halte das Unvertheillassen des Vermögens für gleichgültig, weil dieses nur zu Gunsten der Nutznießerin stattfinde; — nach Art. 4 des Eglisauer Erbrechtes müsse die Frau die Schulden mit dem Manne zahlen, denn dasselbe spreche von „Hab und zugebracht Gut", also von zwei Gütern, welche zur Zeit des eintretenden Concurses für die Schulden haften; —

E. Durch Gerichtsbeschluß vom 20. Juli sei der Klägerin der Beweis auferlegt worden,

a) daß nach einem in der Herrschaft Eglisau geltenden Gewohnheitsrechte verfangenes Gut einer Ehefrau nicht in den Concurs des Mannes gezogen werde, —

Digitized by Google

b) daß einer Ehefrau nach dem Auffalle ihres Ehemannes anfallendes verfangenes Vermögen nicht für die Schulden ihres Mannes hafte, sondern der Erbin überlassen werde, —

die Klägerin habe aber diese Beweise während der ihr anberaumten Frist nicht angetreten : : —

in Erwägung:

1) Daß das Vorhandensein von verfangenem Gute der Klägerin, welches sie nach dem Tode ihrer Mutter zu beziehen habe, unbestritten ist, und einzig in Frage kommt, ob dasselbe ebenfalls für die von ihrem Manne während der Ehe contrahirten Schulden hafte, resp. in die Concursmasse ihres Mannes zu ziehen und mit den übrigen Activen unter die Creditoren zu vertheilen sei; —

2) daß bei Beantwortung dieser Frage vorerst zu untersuchen ist, ob in der ehemaligen Herrschaft Eglisau, wohin unbestreitbar auch Glattfelden gehört, eine solche allgemeine Gütergemeinschaft zwischen Eheleuten existire, daß zur Zeit des eintretenden Concurses alles Vermögen, sei solches in die Ehe gebracht worden oder befinde sich dasselbe noch in Handen dritter Personen, von woher solches erst nach deren Tod und untergegangenem Nutzungsrecht bezogen werden kann, in die Concursmasse falle; —

3) daß unbedingte allgemeine Gütergemeinschaft schon nach ihrer Bezeichnung und auch nach den von der Klägerin angerufenen deutschen Rechtslehrern nur dann vorhanden ist, wenn beim Eingehen der Ehe gar nicht in Betracht fällt, wie viel jeder Ehegatte zubringe, und beim Tode des einen ohne Rücksicht, wie viel jeder zugebracht, das Vorhandene getheilt wird, eine solche Gütergemeinschaft aber nach den Bestimmungen des Eglisauer Erbrechtsstatutes nicht vorhanden ist, weil

a) schon bei Eingehung der Ehe nach Art. 4, §. 1 des Statutes den Eheleuten gestattet wird, durch besondere Verträge ihr Vermögen abgesondert zu halten, und nur, wo solche nicht

Digitized by Google

errichtet werden, bei unbeerbter Ehe das Vermögen auf den überlebenden Ehegatten unbedingt übergeht, —

b) nach §. 2 und 3 des erwähnten Statutes, wenn der überlebende Ehegatte eine neue Ehe eingeht, den vorhandenen Kindern das Vater- oder Muttergut oder das während der Ehe angefallene Erbvermögen ausbingegeben werden muß, einzig das gemeine Gut, was während der Ehe errungen worden, zu gleichen Hälften getheilt wird, das zugebrachte Vermögen aber immer im Voraus wieder zurückgegeben werden muß und daher so wenig als das während der Ehe ererbte Vermögen als gemeinsames Gut betrachtet wird; —

4) daß bei dem Mangel einer unbedingten allgemeinen Gütergemeinschaft auch keine Rede davon sein kann, daß verfangenes Gut der Frau, das sie ihrem Manne nie zur Verwaltung übergeben oder anvertraut hat, in den Concurs des Mannes gezogen werden könne, und zwar um so weniger, als nach dem Erbrechtsstatute einer Frau selbst für das wirklich Zugebrachte das Recht zusteht, im Falle, wenn der Mann dasselbe verschwenden wollte, Versicherung zu verlangen, indem §§. 1 und 4 sagen: „es wäre denn Sach, daß eine Frau vorhin anrüfte und die Hand unterstühnde darüber zu schlagen und merklich Ursach da wäre"; —

5) daß gegen die Einziehung des verfangenen Vermögens der Frau in den Concurs des Mannes auch der §. 3 des Erbrechtsstatutes selbst spricht, da derselbe sagt: „hättind sie aber von ihr beider Hab und zugebrachtem Gut verthan, und entweder es wäre hinweg oder noch an Schulden, sollend sie beiderseits bezahlen und gleich entgelten", indem hier offenbar nur von Gütern die Rede ist, welche in Besitz genommen und in die Ehe gebracht worden, nicht aber von solchen, über welche dritte Personen zu verfügen befugt sind, was in vorliegendem Falle nicht bestritten werden kann, da der Wittwe Neukomm ein unbedingtes Benutzungsrecht zusteht:: —

Digitized by Google

bei gleichgetheilten Stimmen durch Stichentscheid des Präsidenten

erkannt:

1. Sei die Rechtsfrage verneinend entschieden und demnach die Klägerin nicht schuldig, ihr verfangenes Vermögen in den Concurs ihres Mannes zu werfen; —

2. Habe Beklagter die Klägerin mit 4 Fr. zu entschädigen; —

3. Trage der Beklagte die Prozeßkosten; —

4. Sei dieses Urtheil beiden Parteien in schriftlicher Ausfertigung gegen Empfangschein zu eröffnen und nach beschrittener Rechtskraft der Notariatskanzlei Eglisau mitzutheilen.

In Folge der von dem Beklagten gegen das bezirksgerichtliche Urtheil ergriffenen Appellation hat sodann das Obergericht am 3. Februar 1849,

in Erwägung:

1) Daß die einzig jetzt noch zu entscheidende Frage, ob nach dem unbestrittenermaßen zur Anwendung kommenden Eglisauer Stadtrechte (Pestalutz, Samml. der Statute des Cantons Zürich, Bd. II. S. 168 ff.) der der Klägerin schon vor ihrer Verheirathung mit ihrem jetzt im Concurse befindlichen Ehemanne angefallene, jedoch zur Zeit noch von ihrer Mutter nutznießungsweise besessene Antheil an der Verlassenschaft ihres verstorbenen Vaters für die Schulden des Ehemannes in Anspruch genommen werden könne und daher einen Theil der Concursmasse bilde, bejaht werden muß, mit Rücksicht darauf, daß Art. 4, §. 4 des erwähnten Stadtrechtes ganz allgemein und ohne zwischen den nach gedachtem Rechte sonst hinsichtlich der ehelichen Güterverhältnisse verschieden behandelten Fällen einer beerbten oder unbeerbten Ehe zu unterscheiden, vorschreibt, es sollen Eheleute, wenn sie bei einander Schulden machen, dieselben „gemeinlich mit einanderen zu bezahlen" schuldig sein, und wenn man auch diese Bestimmung

Digitized by Google

nur im Sinne des vorhergehenden, von einer beerbten (und zwar zweiten) Ehe sprechenden §. 3 verstehen will, wonach zunächst nur von einer Zahlung der Schulden aus „ihrer (der Eheleute) beider Hab und zugebrachtem Gute“ die Rede und somit daraus nicht zu schließen ist, daß die Ehefrau, wenigstens insoweit sie sich nicht rechtsgültig selbst verpflichtete, aus ihrer eigenen Person hafte, doch darüber kein Zweifel obwalten kann, daß sie mit ihrem gesammten Zugebrachten für während der Ehe entstandene Schulden (und daß die Forderung des Beklagten nicht in diese Kathegorie gehöre, wird nicht einmal behauptet) aufzukommen habe, nun aber in Ermangelung einer entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmung als zugebrachtes Gut im Gegensatze theils des Sonder- oder Spargutes (d h. desjenigen Theiles ihres Vermögens, woran der Ehefrau die eigene Verwaltung und Verfügung, sei es in Folge ihres Vorbehaltes oder aus andern Gründen, zusteht), theils der ehelichen Errungenschaft (d. h. des während der Ehe durch Fleiß und Arbeit der Eheleute Erworbenen oder aus dem Ertrage des beidseitigen Vermögens Ersparten) sich alles andere Gut, namentlich also auch das dem einen oder andern Ehegatten schon vor der Ehe durch Erbschaft zugefallene und in die Hände gebrachte oder erst während der Ehe ererbte Vermögen angesehen werden muß, und hieran der Umstand, daß der Genuß desselben oder die Verfügung darüber durch Rechte, welche Dritten daran zustehen, mehr oder weniger beschränkt oder gehemmt ist, gar nichts ändert, wie sich schon daraus ergibt, daß — abgesehen vom Sonder- oder Spargute, welche Eigenschaft Klägerin dem fraglichen Erbtheile nie bestimmt beigelegt und jedenfalls zu deren Begründung Nichts vorgebracht hat, — die Begriffe des Zugebrachten und Errungenen das ganze eheliche Vermögen erschöpfen und es nun Niemandem leicht einfallen wird, ein Vermögensstück, ungeachtet es als ererbt zum Zugebrachten gehören würde, bloß

Digitized by Google

darum, weil es dem Erben nicht zu vollem und unbeschränktem Rechte zufiel, für errungen erklären zu wollen; —

2) daß, wenn aber klägerischerseits die Hineinziehung des Erbantheiles in die Concursmasse des Ehemannes bestritten wird, weil

a) die Ehefrau für die Schulden des Ehemannes nach dem Eglisauer Stadtrechte nicht persönlich hafte, —

b) von dem Vermögen der Frau nur der in der Gewähre des Ehemannes befindlich gewesene Theil für dessen Schulden in Anspruch genommen werden könne, und dieß nun mit dem in Rede stehenden Erbtheile, da er sich noch im Besitze und Genusse der Mutter der Klägerin befinde, nicht zutreffe, —

vorerst

ad a) dieser Grund ganz wegfällt, da es sich gegenwärtig um eine Geltendmachung einer Forderung gegen die Klägerin selbst, also um die Frage, ob sie über das Zugebrachte hinaus persönlich noch für die Schulden des Ehemannes, resp. die ehelichen Schulden, aufzukommen hätte, gar nicht handelt, —

sodann

ad b) diese Ansicht, daß nämlich das Verfügungsrecht des Ehemannes über das während der Ehe ungezweite Gut und daher die Befugniß, das in dem letztern befindliche Zugebrachte der Frau zu veräußern oder mit Schulden zu beschweren, mit der ihm an dem Gute derselben zustehenden „Gewähre zu rechter Vormundschaft" zusammenhänge, und somit jene Befugniß, da die Gewähr nur an körperlichen Sachen stattfinde, nicht eintrete mit Bezug auf solche Güter, welche der Frau zwar dem Eigenthume nach bereits angefallen sind, die sich aber noch in der Verwaltung und dem Genuß eines Dritten befinden, zwar die Autorität namhafter Germanisten, worunter übrigens nicht,

Digitized by Google

wie erstinstanzlich ist behauptet worden, unbedingt gezählt werden kann:

Mittermaier, Grundsf. des deutschen Privatrechts, §. 402, Bd. II. S. 366,

(indem die angeführte Stelle sich wol eben so gut von dem Zugebrachten im Gegensatze des Sondergutes und des erst nach Beendigung der Ehe der gewesenen Ehefrau Angefallenen oder von ihr Erworbenen verstehen läßt), wol aber

Cropp, in Heise und Cropp juristischen Abhandlungen, Bd. II. Abh. XVI. §. 22, und

Kraut, Vormundschaft nach den Grundsf. des deutschen Rechtes, §. 80, Bd. II. S. 364,

für sich hat, —

indeß nicht nur sich hiegegen die Bedenken erheben einerseits, warum, wenn jene Befugniß des Ehemannes eine Folge der Gewähre wäre, die Verhaftung des Zugebrachten der Frau für Schulden des Mannes oder eheliche Schulden sich in den Rechten und Statuten, welche diese Gewähr anerkennen, nicht noch viel allgemeiner, als es wirklich der Fall ist, würde gemacht haben, und anderseits, wie es komme, daß umgekehrt jene Haftspflicht sich in so vielen schwäbischen und überhaupt süddeutschen (die schweizerischen eingeschlossen) Statuten finde, ungeachtet wenigstens nach Kraut's Behauptung (l. c. §. 78, Bd. II. S. 345) dem schwäbischen Landrechte die Gewähr des Ehemannes an dem Vermögen der Frau fremd sein soll, — sondern auch selbst angenommen, daß jenes Dispositionsrecht des Mannes und die damit zusammenhängende Haft des Zugebrachten der Frau aus der dem erstern zustehenden Gewähr an dem Gute der letztern abzuleiten sei, als das Richtigere anzusehen sein dürfte, diese Gewähr auf das gesammte Gut der Frau, also Forderungen und Rechte (unkörper-

Digitized by Google

liche Sachen) inbegriffen, zu beziehen (Runde, deutsches ehel. Güterrecht, §. 36, S. 85; Brakenhoeft in Weiske's Rechts-Lexikon, sub voc. Güterrecht der Ehegatten, Bd. IV. S. 923), wie denn wenigstens in hiesiger Gegend noch nie in Zweifel gezogen worden ist, daß das Verfügungsrecht des Ehemannes sich auch auf Activforderungen der Frau erstrecke und eine Veräußerung derselben durch ihn völlig gültig und für die Frau und ihre Erben (vorbehältlich der daraus entstehenden Ersatzpflicht nach Stadt- und Landrecht und andern Statuten, welche wie dieses das Weibergut weder wachsen noch schwinden lassen) verbindlich sei, — wozu dann noch in specieller Beziehung auf das Eglisauer Stadtrecht kommt, daß die ganz allgemeine und unbedingte Fassung schon des §. 3 des vierten Artikels, noch mehr aber diejenige des §. 4 einer Unterscheidung zwischen demjenigen Zugebrachten, das einen körperlichen Besitz zuläßt oder sich in demjenigen des Ehemannes befunden hat, und demjenigen, woran ein solcher Besitz entweder nicht denkbar oder doch nicht vorhanden gewesen ist, entgegenstehen würde; —

3) daß übrigens, wie auch beklagterseits anerkannt wird und sich von selbst versteht, durch das Hineinziehen des streitigen Erbantheiles die wolerworbenen Rechte Dritter, namentlich auch der Nutznießerin, nicht gefährdet werden können; —

4) daß, was dann die eventuelle Behauptung der Klägerin, es hafte ihr verfangenes Gut nur so weit als es für die Befriedigung der Creditoren nothwendig sei, anbetrifft, nicht recht ersichtlich ist, was aus diesem sich von selbst verstehenden Satze abgeleitet werden sollte; insofern aber damit etwa gemeint wäre, es hafte dieses verfangene Gut bloß subsidiär, soweit das Gut des Ehemannes, resp. das im körperlichen Besitze desselben gewesene Vermögen nicht zureiche, und vertheile sich daher, falls unter Zuziehung des verfangenen Gutes ein Ueberschuß über die Schulden

Digitized by Google

sich bilden würde, der Verlust nicht gleichmäßig auf das Manns- und das Weibergut, resp. sei die Klage wenigstens für den Theil gutzuheißen, dessen es unter vorgängiger Verwendung der übrigen im Concurse befindlichen Activen zur Ergänzung des Mangelnden nicht bedürfe, hierauf darum gegenwärtig nicht einzugehen ist, weil dieses Begehren erst vor zweiter Instanz ist gestellt worden und nicht nur in den Acten es an jedem Anhalte zur Ermittelung der erheblichen thatsächlichen Momente fehlt, sondern auch bisanhin hierüber überall nicht verhandelt worden: : —

mit Einmuth gefunden:

Es sei die Berufung des Beklagten begründet, und hierauf

erkannt:

1. Sei die Klägerin verpflichtet, ihr noch verfangenes väterliches Vermögen in die Concursmasse ihres Ehemannes einzuwerfen; —

2. Habe die Klägerin die erst- und zweitinstanzlichen Kosten und an den Beklagten eine Prozeßentschädigung von 24 Fr. zu bezahlen; —

3. Sei die erstinstanzlich der Klägerin gesprochene Entschädigung aufgehoben; —

4. Sei dieses Urtheil dem Bezirksgerichte Bülach unter Rücksendung der Acten und den Parteien schriftlich mitzutheilen.

Digitized by Google

XVIII.

Ueber die Auslegung des Ausdruckes: „Bürge und nöthigenfalls Selbstzahler".

Das Obergericht des Standes Zürich

hat

am 20. Februar 1849, nach Anhörung des Antrages seiner Justiz-Commission, in Sachen des Herrn Dr. jur. Jucker in Zürich, betreffend Beschwerde über eine Verfügung des Präsidenten des Bezirksgerichtes Zürich,

da sich ergeben:

A. Gestützt auf einen vom 14. September 1848 datirten und auf den 1. Januar 1849 fälligen Wechsel von 100 fl., welcher neben dem Schuldner Heinrich Leemann, Metzger zu Oerlikon, auch von Heinrich Klöti in der Binzmühle bei Seebach als „Bürge und nöthigenfalls Selbstzahler" unterzeichnet sei, habe der Recurrent bei dem Bezirksgerichtspräsidium Zürich um Bewilligung des schnellen Rechtstriebes nicht nur gegen den Schuldner, sondern gleichzeitig auch gegen den Bürgen Klöti nachgesucht, sei aber mit diesem Gesuche in letzterer Beziehung abgewiesen worden; —

B. Hierüber beschwere sich Recurrent und, indem er in einer weitläufigen Erörterung darzuthun suche, daß der Ausdruck „Bürge und nöthigenfalls Selbstzahler" nicht bloß eine einfache, sondern immer eine Principal-Bürgschaft involvire, hoffe er, das Obergericht werde seine „früher ausgesprochene, mit den Verhältnissen des Lebens nicht in rechtem Einklange stehende Ansicht nochmals einer sorgfältigen Revision unterwerfen und jenen zweideutigen Worten eine ein für alle Mal klare und unzweideutige Interpretation verschaffen" :: —

Digitized by Google

in Erwägung:

Daß die Beschwerde des Recurrenten sich einzig darauf stützt, dem Ausdrucke „Bürge und nöthigenfalls Selbstzahler" sei unbedingt die Bedeutung von „Bürg- und Selbstzahlerschaft" beizulegen, nun aber ein Grund nicht vorhanden ist, um von der hierorts schon mehrfach, z. B. in Sachen Isler c. Krebser am 4. März 1844 (N. Monatschr., Bd. V. S. 172, Erw. 4), ausgesprochenen Ansicht abzugehen, nach welcher, da jener Ausdruck genau weder auf die einfache Bürgschaft, noch auf die Bürg- und Selbstzahlerschaft paßt, im einzelnen Falle zu ermitteln ist, ob wirklich die Willensmeinung der Contrahenten auf die Constituirung der letztern gegangen sei, oder ob zur Annahme dieser Willensmeinung hinlängliche Gründe nicht vorhanden seien, und daher das weniger Belästigende, mithin bloß einfache Bürgschaft anzunehmen sei: : —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet; —

2. Trage Recurrent die Kosten; —

3. Mittheilung dieses Beschlusses an das Präsidium des Bezirksgerichtes Zürich und unter Rücksendung der Acten an den Recurrenten.

Digitized by Google

XIX.

Ueber den Zahlungsort der domicilirten Wechsel.

Das Obergericht des Standes Zürich

hat

am 1. März 1849, nach Anhörung des Antrages seiner Justiz-Commission, in Sachen des Herrn Fürsprech Dr. Schauberg, Namens des J. L. Gröner von Endingen, betreffend Beschwerde über eine Verfügung des Präsidenten des Bezirksgerichtes Zürich,

da sich ergeben:

A. Jost Müller von Bremgarten, welcher als Bote jeden Freitag nach Zürich komme, habe unter dem 4. Oct. v. J. zu Gunsten des Recurrenten zwei Wechsel, jeden für 15 Gulden, fällig nach sechs Wochen, resp. vier Monaten, und zahlbar „in Zürich oder Bremgarten", ausgestellt und seither an einen derselben nach Angabe des Recurrenten 10 fl. bezahlt; —

B. Unter dem 16. d. M. habe Recurrent, gestützt auf diese beiden Wechsel, den Müller in Zürich für 15 fl. und 5 fl. nebst Verzugszinsen mit dem schnellen Rechtstriebe belangt, welcher jedoch durch Verfügung des hiesigen Bezirksgerichtspräsidenten vom gleichen Tage wieder aufgehoben worden sei, da Bremgarten und nicht Zürich als Domicil des Angesprochenen erscheine; —

C. Ueber diese Verfügung beschwere sich Recurrent und suche unter Anführung verschiedener Schriftsteller und Gesetzgebungen darzuthun, daß domicilirte eigene Wechsel, zu welchen die beiden vorliegenden, insofern sie Zürich als Zahlungsort bezeichnen, gehören, an dem Orte ihres Domicils bezahlt werden müssen:: —

in Erwägung:

1) Daß das Begehren des Recurrenten um Bewilligung der schnellen Betreibung in Zürich gegen den Recursen darauf gestützt wird,

Digitized by Google

daß es in den von diesem ausgestellten eigenen Wechseln heißt: „zahlbar in Zürich oder Bremgarten“; —

2) daß nun aber ungeachtet dieses Inhaltes der Wechsel die Betreibung des Recurses in Zürich nicht stattfinden darf, da der Recurse anerkanntermaßen Schweizerbürger, aufrechtstehend und in Bremgarten, Cts. Aargau, seßhaft ist, und nun das nach Art. 6 der Uebergangsbestimmungen der neuen Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft noch in Kraft befindliche eidgenössische Concordat vom 15. Juni 1804, bestätigt den 8. Juli 1818, bestimmt, daß der seßhafte aufrechtstehende Schuldner vor seinem natürlichen Richter, d. h. vor demjenigen seines Wohnortes, zu suchen, und hienach namentlich auch in Fällen von Schuldbetreibungen zu verfahren sei, auch davon keine Rede ist, daß etwa die hiesigen Gesetze eine Modification dieses Grundsatzes für den Fall bestimmen, also die Betreibung des in einem andern Cantone seßhaften aufrecht stehenden Schweizerbürgers im hiesigen Cantone als zuläßig erklären würden, wenn derselbe einen eigenen Wechsel, in welchem als Zahlungsort ein solcher im hiesigen Cantone angegeben wurde, ausgestellt hat; —

3) daß, da das angeführte eidgenössische Concordat die Rechtsnorm bildet, nach welcher die Frage, ob die Betreibung des Wechselgebers im hiesigen Cantone, beziehungsweise in Zürich, zuläßig sei, zu entscheiden ist, die dieses Concordat nicht berücksichtigende rechtliche Ausführung des Anwaltes des Recurrenten für diesen Fall wenigstens als unerheblich sich darstellt und daher auch ein weiteres Eintreten auf dieselbe nicht am Platze erscheint:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet; —

2. Trage Recurrent die Kosten; —

3. Sei dieser Beschluß dem Präsidenten des Bezirksgerichtes Zürich und dem Anwalte des Recurrenten unter Rücksendung der Acten mitzutheilen.

Digitized by Google

Die von dem Obergerichte in dem vorstehenden Recursalbescheide ausgesprochene Ansicht, daß nach dem Rechte der schweizerischen Eidgenossenschaft, resp. des Cantons Zürich, ein domicilirter Wechsel bei den Gerichten seines Domicils nicht eingeklagt werden könne, steht mit dem sonstigen europäischen Wechselrechte und, es darf hinzugefügt werden, mit der Natur der Sache in solchem Widerspruche, daß die Ansicht bei ihrer großen practischen Bedeutung nicht unwiderlegt gelassen werden darf. Um sogleich zur Sache zu gelangen und um die Erörterungen möglichst abzukürzen, soll zunächst dargelegt werden, in welcher Weise dermalen auf dem Gebiete der Gesetzgebung die Frage über die Klagbarkeit der Wechsel aufgefaßt und entschieden werde.

Der Entwurf einer Wechselordnung für die preußischen Staaten nach den Beschlüssen der Commission des königlichen Staatsrathes, Berlin 1847, §. 90, bestimmt: „Wechselklagen können bei dem Gerichte, welchem der Beklagte persönlich unterworfen ist, oder bei dem Gerichte des Orts, wo die Zahlung geschehen soll, angestellt werden." Sonach kann der Domicilwechsel gegen den Wechselschuldner auch bei den Gerichten des Domicils des Wechsels eingeklagt werden, und namentlich hätte also in dem, dem obergerichtlichen Recursalbescheide untergelegten Falle der Wechselschuldner sich in Zürich belangen lassen müssen. Die Motive zu §. 90 des preußischen Entwurfes bemerken einfach, daß die fragliche Bestimmung aus Art. 59 und 420 der rheinischen Civilproceßordnung, d. h. der französischen Gerichtsordnung (Code de Procédure civile), welche in Rheinpreußen noch gilt, entlehnt sei. Dieser Art. 420 lautet: „Der Kläger (vor den Handelsgerichten) kann, nach seiner Wahl, vorladen: Vor das Gericht des Wohnsitzes des Beklagten; — vor dasjenige, in dessen Bezirk das Versprechen geschehen und die Waare überliefert worden ist; — vor dasjenige, in dessen Bezirk die Zahlung geschehen sollte." In Art. 59 der französischen Gerichtsordnung ist allgemein verfügt, daß in denjenigen Fällen, wo zur Vollziehung eines Actes ein Wohnsitz gewählt

Digitized by Google

worden, der Kläger vor das Gericht des gewählten Wohnsitzes, oder vor das Gericht des wirklichen Wohnsitzes des Beklagten in Gemäßheit des Art. 111 des Civilgesetzbuches (Code civil) laden könne. Das französische Civilgesetzbuch, Art. 111, sagt nämlich: „Wenn eine Urkunde, zur Vollziehung des in derselben enthaltenen Geschäftes, Seitens der Parteien oder einer von ihnen, die Erwählung des Wohnsitzes an einem anderen Orte, als dem des wirklichen Wohnsitzes, enthält, so können die auf dieses Geschäft bezüglichen Zustellungen, Klagen und Verfolgungen an dem verabredeten Wohnsitze und vor dem Richter dieses Wohnsitzes geschehen." — In der französischen Gerichtspraxis ist ferner ausdrücklich entschieden, daß die Benennung eines Zahlungsortes in einem eigenen Wechsel nicht allein den Gerichtsstand jenes Ortes begründe, sondern die wirkliche Erwählung eines Wohnsitzes enthalte, so daß der Wechselaussteller dort vor Gericht geladen werden könne. [1])

Die in Leipzig in der Zeit vom 20. October bis zum 9. December 1847 abgehaltene Conferenz zur Berathung einer allgemeinen deutschen Wechselordnung, bei welcher bekanntlich der vorberührte preußische Entwurf einer Wechselordnung zur Grundlage diente, billigte stillschweigend die hier zur Sprache kommenden Bestimmungen des §. 90 des letztern. [2]) Uebrigens glaubte die Conferenz, den Wechselprozeß bei der wesentlichen Verschiedenheit des in den einzelnen deutschen Staaten geltenden Prozeßrechtes zur Seite liegen lassen zu sollen, und hat daher in den von ihr ausgearbeiteten Entwurf einen dem §. 90 des preußischen Entwurfes entsprechenden Paragraphen nicht aufgenommen. Der Entwurf der Conferenz, welcher seither für Deutschland zum wirklichen Gesetze erhoben worden ist, enthält im Ganzen, in Uebereinstimmung mit §. 25 des preußischen Entwurfes,

---

[1]) Thilo, das französische Civilgesetzbuch und Handelsrecht, Bd. I. (Karlsruhe 1838), S. 105, Nr. 16.

[2]) Vgl. die Protokolle jener Conferenz, Mannheim 1848, S. 75 fgde.

Digitized by Google

in §. 24 über Domicilwechsel nur Nachfolgendes: „Ist in dem Wechsel ein vom Wohnorte des Bezogenen verschiedener Zahlungsort angegeben (Domicilwechsel), so ist, insofern der Wechsel nicht schon ergibt, durch wen die Zahlung am Zahlungsorte erfolgen soll, dieß vom Bezogenen bei der Annahme auf dem Wechsel zu bemerken. Ist dieß nicht geschehen, so wird angenommen, daß der Bezogene selbst die Zahlung am Zahlungsorte leisten wolle. Der Aussteller eines Domicilswechsels kann in demselben die Präsentation zur Annahme vorschreiben. Die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift hat den Verlust des Regresses gegen den Aussteller und die Indossanten zur Folge." — An diesen §. 24 der deutschen Wechselordnung schließt sich genau §. 43 derselben mit den Worten an: „Domicilirte Wechsel sind dem Domiciliaten, oder wenn ein solcher nicht benannt ist, dem Bezogenen selbst an demjenigen Orte, wohin der Wechsel domicilirt ist, zur Zahlung zu präsentiren und, wenn die Zahlung unterbleibt, dort zu protestiren. Wird die rechtzeitige Protesterhebung beim Domiciliaten verabsäumt, so geht dadurch der wechselmäßige Anspruch nicht nur gegen den Aussteller und die Indossanten, sondern auch den Acceptanten verloren." Mit §. 24 ist übrigens noch zu vergleichen §. 99 derselben Wechselordnung.

Durch die preußische Einführungsordnung[1]) zur allgemeinen Wechselordnung für Deutschland vom 6. Januar 1849, §. 5, ist der oben mitgetheilte §. 90 des Entwurfes einer Wechselordnung für die preußischen Staaten in nachfolgender veränderter und erweiterter Fassung zum Gesetze erhoben worden: „Wechselklagen können sowohl

---

[1]) Abgedruckt bei Christoph, die allgemeine deutsche Wechselordnung aus den Motiven zum Entwurfe einer Wechselordnung für die preußischen Staaten und aus den Protokollen der zur Berathung der allgemeinen deutschen Wechselordnung in Leipzig abgehaltenen Conferenz erläutert und für den praktischen Geschäftsverkehr herausgegeben, Lützen 1849, S. 103.

Digitized by Google

bei dem Gerichte des Zahlungsortes, als bei dem Gerichte, bei welchem der Beklagte seinen persönlichen Gerichtsstand hat, erhoben werden. Wenn mehrere Wechselschuldner zusammen belangt werden, so ist außer dem Gerichte des Zahlungsortes jedes Gericht competent, welchem Einer der Beklagten persönlich unterworfen ist. Bei dem Gerichte, bei welchem hiernach eine Wechselklage anhängig gemacht ist, müssen sich demnächst auch alle Wechselverpflichteten einlassen, welche von einer Partei in Gemäßheit der in den verschiedenen Landestheilen bestehenden Prozeßgesetze zur Regreßleistung beigeladen oder nach gehörig geschehener Streitverkündigung belangt werden."

Die Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung in dem Großherzogthume Hessen veranlaßte auch ein Gesetz vom 4. Juni 1849 [1]), um in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen ein dieser Wechselordnung entsprechendes Verfahren in Wechselstreitigkeiten festzusetzen. Nach §. 1 dieses Gesetzes können die Wechselklagen sowol bei demjenigen Gerichte, welchem der Beklagte bezüglich der Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten unterworfen ist, als auch bei dem Gerichte des Ortes, wo die Zahlung geschehen soll, angestellt werden. Sind mehrere aus demselben Wechsel Verpflichtete verschiedenen Gerichten unterworfen, kann der Kläger gemäß §. 2 des Gesetzes nach seiner Wahl bei einem jeden dieser Gerichte gegen sämmtliche Schuldner oder auch nur gegen einige derselben seine Klage anbringen.

Die durch Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung hervorgerufene Wechselprozeßordnung für das Fürstenthum Waldeck vom 30. Mai 1849 [2]) bestimmt in §. 1:

„Die Wechselklage kann angebracht werden

a) vor dem Gerichte des Wohnortes des Verklagten,

---

[1]) Auch vollständig abgedruckt bei Christoph, a. a. O., S. 118 fgde.

[2]) Abgedruckt bei Christoph, a. a. O., S. 141 fgde.

Digitized by Google

b) vor dem Gericht, in deſſen Bezirk der Wechſel ausgeſtellt wurde, vorausgeſetzt, daß der Verklagte ſich zur Zeit der Anſtellung der Klage in demſelben befindet,

c) vor dem Gericht des Orts, wo die Zahlung geſchehen ſoll, unter gleicher Vorausſetzung wie zu b,

d) vor jedem Gericht, in deſſen Bezirk der Verklagte nach der Verfallzeit angetroffen wird, vorausgeſetzt, daß er ſich dieſem durch eine ſchriftliche Erklärung unterworfen hat.

Dem Gericht, welchem hienach die Entſcheidung zuſteht, ſind auch die übrigen hierländiſchen Wechſelſchuldner unterworfen, inſofern ſie der Kläger in derſelben Klage in Anſpruch nimmt."

Die Verordnung des Herzogs zu Sachſen-Coburg und Gotha zur Ausführung der allgemeinen Wechſelordnung für Deutſchland vom 27. Juni 1849 [1], §. 6, und das die Einführung der allgemeinen deutſchen Wechſelordnung begleitende Wechſelprozeßgeſetz für Lippe-Detmold vom 5. Juli 1849 [2], §. 1, erklären in gänzlicher Uebereinſtimmung, die Wechſelklagen ſeien bei dem Gerichte des Wohnortes des Beklagten oder bei dem Gerichte des Ortes, wo die Zahlung geſchehen ſoll, anzuſtellen, oder wenn der Schuldner durch eine beſondere Klauſel demſelben ſich unterworfen hat, bei dem Gerichte, in deſſen Bezirk er nach der Verfallzeit angetroffen werde; dem Gerichte, welchem hienach die Entſcheidung zuſtehe, ſeien auch die übrigen Wechſelſchuldner unterworfen, inſofern ſie der Kläger in demſelben Prozeſſe in Anſpruch nehme.

Das Geſetz, die Anwendung der allgemeinen deutſchen Wechſelordnung im Freiſtaate Lübeck betreffend, vom 28. April 1849 [3], Art. 10, läßt dem Kläger die Wahl, die Wechſelklage entweder bei dem Gerichte,

---

[1] Bei Chriſtoph, a. a. O., S 179.

[2] Chriſtoph, S. 188 fgde.

[3] Chriſtoph, S. 158.

Digitized by Google

welchem der Beklagte persönlich unterworfen ist, oder bei dem Gerichte des Ortes, wo die Zahlung geschehen soll, anzustellen.

Nach §. 1 des sich ebenfalls an die Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung anschließenden braunschweigischen Gesetzes über den Wechselprozeß vom 11. Januar 1849 [1]) gelten hinsichtlich des Gerichtes der Wechselklage dieselben Bestimmungen, welche für Sachsen-Coburg und Gotha und Lippe-Detmold eingeführt worden sind.

Der Entwurf einer Wechselordnung für das Herzogthum Braunschweig sammt Motiven, verfaßt und mit dem Vorstande des Kaufmannsvereins berathen von Dr. Fr. Liebe, Braunschweig 1843, §. 96, hatte schon beantragt: „Wechselklagen sind bei dem Gerichte des Wohnortes, oder bei dem Gerichte des Ortes, wo die Zahlung geschehen muß, oder, wenn der Schuldner sich durch eine besondere Clausel demselben unterworfen hat, bei dem Gerichte, in dessen Bezirke er nach der Verfallzeit angetroffen wird, anzustellen." — Zur Rechtfertigung dieser Verordnung wird in den Motiven fast Nichts bemerkt, so sehr ist wol dieselbe als durch sich selbst gerechtfertigt betrachtet worden; einzig wird beigefügt, daß die Zulässigkeit einer vertragsmäßigen Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit des Richters, in dessen Bezirk der Bezogene sich antreffen lasse, nicht zu bezweifeln und auch in dem Jurisdictionsvertrage zwischen Braunschweig und Preußen vom 9. December 1841, Art. 39, anerkannt sei. In der letztern Beziehung mag des Zusammenhanges wegen noch angeführt werden, daß auch das königlich bayerische Wechsel- und Mercantilgericht zweiter und letzter Instanz in München in einem Urtheile vom 4. August 1845 anerkannt hat, daß ein Wechselschuldner, welcher sich zur Zahlzeit eines domicilirten Wechsels im Zahlungsorte nicht eingefunden, übrigens aber die Zahlung versprochen hat, wo er zu treffen ist, in Bayern an jedem Orte seines

[1]) Christoph, S. 134 fgde.

Digitized by Google

Aufenthaltes von dem Wechselinhaber gerichtlich belangt werden könne.[1]) Die Gerichtszuständigkeit wird einfach auf den in dem Wechsel enthaltenen dießfälligen Vertrag gegründet, ein forum contractus angenommen. Aus dem gleichen Grunde hat auch das Wechsel- und Mercantilgericht München in erster und zweiter Instanz im Jahre 1833 entschieden, daß bei einem domicilirten eigenen Wechsel der Schuldner auch vor dem Gerichte des Zahlungsortes, zumal wenn er daselbst zu treffen ist, belangt werden könne.[2]) Das Gericht erster Instanz berief sich in seinem Urtheile besonders noch auf Cap. I. §. 6 der bayerischen Gerichtsordnung, wonach Contrahenten an dem Orte, wo contrahirt worden, oder die Bezahlung geschehen soll, um das Bedungene belangt werden mögen.

Der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Würtemberg, Stuttgart 1839, setzt in §. 853 den allgemeinen Gerichtsstand in Handelssachen dahin fest: „Der Kläger hat die Wahl, ob er den Beklagten vor dem Handelsgerichte, in dessen Bezirke letzterer wohnt, belangen will; oder vor demjenigen, in dessen Bezirke die Auslieferung der Waare, oder vor demjenigen, in dessen Bezirke die Zahlung zu geschehen hat: vorausgesetzt, daß in den beiden letzten Fällen der Beklagte zur Zeit der Einhändigung der Ladung sich im Bezirke, oder wenn er ein Ausländer ist, wenigstens im Königreiche befindet." In den Motiven zu diesem Artikel (S. 704) wird mit vollem Rechte mit der Bemerkung begonnen, daß die Hauptfrage sei, inwiefern dem in Handelssachen immer anwendbaren Gerichts-

---

[1]) Posset, gerichtliche Entscheidungen in Wechsel- und Mercantilsachen nach dem bayerischen Wechsel- und Mercantilrechte und Processe und der Augsburger Wechselordnung, München 1844, S. 152 fgde. Man muß sich indessen an das fragliche Urtheil selbst und nicht an den beschränkten Rechtsgrundsatz halten, den Posset daraus abgeleitet hat.

[2]) Posset, a. a. O., S. 148 fgde.

Digitized by Google

stande des geschlossenen Vertrages (forum contractus) eine gesetzliche Geltung einzuräumen sei? Uebrigens hat dem Artikel der oben mitgetheilte Art. 420 der französischen Gerichtsordnung als Unterlage gedient. Sonst möchte aus dem würtembergischen Entwurfe nur noch Art. 747 hervorzuheben sein, welcher hinsichtlich der eigenen Wechsel zugesteht, daß der Zahlungsort auch als Wohnsitz eines Andern bezeichnet sein könne, und daß der Aussteller jeden Ort, wo er anzutreffen sein werde, ohne nähere Bezeichnung als Zahlungsort angeben dürfe. In letzterer Hinsicht fügen die Motive (S. 637) bei, der Ausdruck: „überall, wo ich anzutreffen bin", oder ein gleichbedeutender, sei auch durch Staatsverträge anerkannt, z. B. in dem Jurisdictionsvertrage mit Baden vom 3. Januar 1826, indem in einem solchen Falle der Gerichtsstand der Betretung oder Anforderung zur Anwendung komme.

Die Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden vom Jahre 1832 hat auf Grundlage des Art. 111 des französischen Civilgesetzbuches, der oben schon angeführt worden ist, in §. 19 den besonderen Gerichtsstand des zum Vollzug eines Vertrages gewählten Wohnsitzes dahin anerkannt: „Ist in einem Vertrage zu dessen Vollzug ein Ort als Wohnsitz gewählt, so können alle Klagen aus dem Vertrage, sie mögen auf Erfüllung des Vertrages, oder auf dessen Aufhebung, oder auf Entschädigung wegen Nichterfüllung desselben gerichtet sein, bei dem Untergerichte dieses Ortes erhoben werden, selbst in dem Falle, wenn der Beklagte an diesem Orte einen befreiten Gerichtsstand hat." — Darnach können die domicilirten Wechsel auch bei dem Gerichte des Zahlungsortes eingeklagt werden.

Aus einem Gesetze für das Königreich Sachsen vom 28. Januar 1835 über privilegirte Gerichtsstände und einige damit zusammenhängende Gegenstände ist §. 25 hier wol anzuführen, insofern er verordnet, daß gegen säumige Wechselschuldner auf Ansuchen der Betheiligten jeder Richter, in dessen Bezirk sie angetroffen werden, nach Wechselrecht ver-

Digitized by Google

fahren solle. [1]) — In dem neuen Gesetze über den Schuldarrest und Wechselprozeß für das Königreich Sachsen vom 7. Juni 1849 [2]), § 31, ist es für den Wechselprozeß als unbedingter Grundsatz ausgesprochen, daß die Klage vor jedem Civilrichter angebracht werden könne, in dessen Gerichtsbezirk sich der Beklagte finde.

Die Weimar'sche Wechselordnung vom J. 1819 verfügt in §. 214 hinsichtlich des Gerichtsstandes, daß die Wechselklage in dem allgemeinen Gerichtsstande des Wohnortes und in dem besondern des Contractes oder des Arrestes angebracht werden könne; habe aber der Beklagte sich ausdrücklich „aller Orten, wo er anzutreffen" zur Zahlung verpflichtet, oder habe er keinen festen Wohnsitz, so sei jeder Richter competent, unter dessen Gerichtsbarkeit er angetroffen werde. [3])

In der Anhalt-Dessau'schen Wechselordnung vom Jahre 1822, §. 122 ist bestimmt: „Die Wechselklage kann in dem allgemeinen Gerichtsstande des Wohnortes sowohl, als in dem besondern des Contracts, wenn der Beklagte in dem Gerichtsbezirke, in welchem die Wechselverbindlichkeit eingegangen worden ist oder erfüllt werden soll, gegenwärtig ist, oder des Arrestes, angebracht werden. Hat der Beklagte sich ausdrücklich „aller Orten, wo er anzutreffen", zur Zahlung verpflichtet, oder hat er keinen festen Wohnsitz, so ist jeder Richter competent, unter dessen Gerichtsbarkeit er angetroffen wird. [4])

Das Gesetz über Verbesserungen und Erläuterungen des Civilprozesses im Fürstenthume Schwarzburg-Sondershausen vom Jahre 1834, § 222, läßt die Wechselklage zu bei dem Gerichte, welchem der Verklagte für seine Person unterworfen ist, in dem besondern Gerichte des Contractes, wenn er daselbst anzutreffen ist, oder des Arrestes. [5])

---

[1]) Meißner, Codex der europäischen Wechselrechte, B. I. S. 420.
[2]) Christoph, a. a. O, S. 168 fgde.
[3]) Meißner, a a. O, Bd. I. S. 688.
[4]) Meißner, a. a. O., Bd. I. S. 801.
[5]) Meißner, a a. O., Bd. I. S. 830.

Digitized by Google

Die Gesetzartikel des ungrischen Reichstages 1839 bis 1840 (übersetzt von Orosz, Preßburg 1840), Art. 15, Thl. II. (das Rechtsverfahren), Cap. 2, §. 20 ordnen an: „Die Benennung des Zahlungsortes im Wechsel zieht gegen den Acceptanten und den Aussteller, so wie gegen jeden Vormann und Wechselbürgen, die Folge nach sich, als wenn der Zahlungsort ihr Wohnort wäre, gleichviel ob jeder einzelne, oder alle zusammen von dem Kläger belangt werden."

Ein Edict des Staatssecretärs Consalvi vom J. 1822, Art. 7 bestimmt für den Kirchenstaat: „Das competente Handelstribunal ist cumulativ und vorbehältlich der Prävention dasjenige, unter dessen Gerichtsbarkeit der vorgeladene Beklagte sein Domicil hat, oder an solchen Orten, welche demselbigen (dem Handelstribunale) untergeordnet sind, sei es nun, daß daselbst die Verbindlichkeit eingegangen worden, oder die Sache zu erledigen, oder die Auslieferung der Effecten (die Zahlung) zu leisten ist. [1])

Aus den bisherigen Mittheilungen der Wechselordnungen und der neuesten Entwürfe zu solchen ergibt es sich, daß es ein allgemein angenommener und anerkannter Grundsatz sei, daß bei dem domicilirten Wechsel der Wechselschuldner vor dem Gerichte des Wechseldomicils belangt werden könne, besonders wenn er sich daselbst betreffen läßt. Dieser Grundsatz ist nicht etwa ein zufälliger, ein mehr oder weniger willkürlich angenommener, sondern ein nothwendiger, ein aus dem Ursprunge und der Natur des domicilirten Wechsels von selbst hervorgehender. Dieselben Gründe und Bedürfnisse, welche die Einführung der domicilirten Wechsel veranlaßt haben, fordern auch, daß der domicilirte Wechsel an seinem Domicile müsse eingeklagt werden können. Die domicilirten Tratten sind bekanntlich durch das Bedürfniß herbeigeführt worden, von einem Orte, der kein Wechselplatz ist, Gelder zu beziehen, indem der an keinem Wechselplatze wohnende Bezogene verpflichtet wird,

---

[1]) Meißner, a. a. O., Bd. II. S. 655.

Digitized by Google

nicht an seinem Wohnorte, sondern an einem benachbarten Wechselplatze, dem Wechseldomicil zu bezahlen. [1]) Die domicilirten Wechsel können namentlich auch in der bestimmten Absicht gebraucht werden, um gegen Jemand, an dessen Wohnort kein Wechselrecht gilt, Wechselschulden von den übrigen Schulden nicht unterschieden werden, dennoch Wechselrecht zu erlangen, indem derselbe sich verpflichtet, den Wechsel an einem Orte zu bezahlen, wo der Wechsel als solcher anerkannt und behandelt wird. Gerade in dem Falle des vorgehenden obergerichtlichen Recurſalbescheides ist der Wechsel deßhalb auch in Zürich zahlbar ausgestellt, resp. nach Zürich domicilirt worden, damit der Schuldner, in dessen Canton (Aargau) kein Wechselrecht gilt und der regelmäßig als Bote von Bremgarten nach Zürich an dem letztern Orte zu treffen ist, hier wechselrechtlich um Bezahlung belangt werden könne. — Rein historisch betrachtet war der Ursprung der domicilirten Tratten, wie namentlich auch und noch mehr der domicilirten eigenen Wechsel darin begründet, daß von den Wechslern und Kaufleuten, auf welche Wechsel gezogen wurden oder welche Wechsel auf sich selbst ausstellten, man voraussetzte oder voraswußte, sie werden zur Verfallzeit in dem Domicile des Wechsels sich zum Besuche der dortigen Messe, des Marktes u. s. w. befinden, weßhalb eben dahin der Wechsel domicilirt worden war. Man erinnert sich heute bei der Theorie der domicilirten Wechsel viel zu wenig der historischen Thatsache, daß früher die Wechsler und Kaufleute nicht so bleibend und unveränderlich, wie jetzt, an dem gleichen Orte wohnten, sondern von Messe zu Messe, von Markt zu Markt, von Stadt zu Stadt zogen, so daß die domicilirten Wechsel in dem veränderlichen Aufenthalte der Wechselschuldner ihren ersten Grund haben und sich nur an den jedesmaligen Aufenthaltsort des Wechselschuldners anknüpfen sollten. Die letzte Stufe in der Aus-

[1]) Büsch, Darstellung der Handlung, Bd. I. S. 109 u. 110 (der dritten Ausgabe); — Heise und Cropp, juristische Abhandlungen, Bd. I. S. 564; — Liebe, a. a. O., S. 70.

Digitized by Google

bildung der domicilirten Wechsel nach diesem ihrem historischen Grunde ist daher, daß der Wechselschuldner verpflichtet wird oder sich verpflichtet, den Wechsel nicht bloß in dessen Domicil, d. i. an dem vorausgesetzten oder vermuthlichen Aufenthaltsorte des Wechselschuldners zur Verfallzeit des Wechsels, sondern an jedem Orte zu bezahlen, an welchem er bei dem Verfalle des Wechsels sollte getroffen werden können. In den oben mitgetheilten gesetzlichen Bestimmungen über die Gerichte, bei welchen die Wechselklagen angebracht werden können und weßhalb dieses, leuchtet mehr oder weniger deutlich der hier behauptete historische Grund und die daherige nothwendige Entwickelung der domicilirten Wechsel hervor, so daß aus dem heutigen Gesetze zurück dargelegt zu werden vermag, unter welchen Umständen und Bedingungen die domicilirten Wechsel entstanden sind. Natürlich setzte anfänglich unter den berührten Verhältnissen auch der Wechselgläubiger voraus, er werde zur Verfallzeit des Wechsels in dem Domicile desselben mit dem Wechselschuldner auf der abzuhaltenden Messe oder aus anderen Gründen zusammentreffen, und nur deßhalb hatte er den domicilirten Wechsel sich ausstellen lassen und angenommen. Man darf und muß daher in der Lehre von den domicilirten Wechseln von dem historischen Grundsatze ausgehen, daß bei seiner Ausstellung vorausgesetzt war, es werden der Gläubiger und Schuldner beim Verfalle des Wechsels in dessen Domicil sich zusammenfinden, wieder zusammentreffen, welche Voraussetzung sich in den älteren Zeiten regelmäßig erfüllte; nur insofern und insoweit die Voraussetzung jetzt nicht mehr erfüllt werden kann oder will, sind ergänzende Bestimmungen getroffen worden. [1]) Nach dem über den Ursprung und die eigentliche Natur der domicilirten Wechsel Vorgetragenen bedarf es

---

[1]) Vgl. auch Martens, Versuch einer historischen Entwickelung des wahren Ursprungs des Wechselrechts, S. 34 fgde; — Biener, historische Erörterungen über den Ursprung und den Begriff des Wechsels, Leipzig 1846, S. 68.

Digitized by Google

kaum noch einer Begründung und Erörterung darüber, daß der Wechsel in seinem Domicile gegen den Wechselschuldner, welcher sich daselbst eingefunden hatte, einklagbar gewesen sei. Sobald die zunächst mit dem Meßverkehre entstandenen und verbundenen Wechsel anfingen klagbar zu werden oder vielmehr zu entstehen, waren auch die domicilirten und besonders die domicilirten eigenen Wechsel, welche letztere als nicht verstoßend gegen den Grundsatz, de loco in locum müsse ein Wechsel gezogen worden, als wirkliche Wechsel (cambia vera, realia) angesehen wurden, gegen den im Domicile des Wechsels betroffenen Schuldner einklagbar. Insofern Wechsler und Kaufleute den Messen nachzogen und nur auf den Messen sich fanden und wieder fanden, lag es in der Natur der Verhältnisse, im gegenseitigen Interesse, von dem eigentlichen Wohnorte des Wechselschuldners ganz abzusehen und sich an ihn, wenn nicht allein, doch vorzugsweise an seinem jedesmaligen Aufenthaltsorte auf der Messe wegen Bezahlung der fälligen Wechsel zu halten. Man könnte in dieser Beziehung behaupten, der historisch erste oder ursprüngliche Gerichtsstand für Wechselklagen sei derjenige des Zahlungsortes und erst später sei derjenige des Wohnortes mit dem Aufgeben des Besuches der Messen und der Erwählung eines bleibenden Aufenthaltes hinzugetreten, bis zuletzt und in der gegenwärtigen Zeit in Folge der veränderten Meßverhältnisse, Aufenthaltsverhältnisse, der Gerichtsstand des Wohnortes über denjenigen des Zahlungsortes das Uebergewicht errungen hat. Keine Gesetzgebung aber, welche den Wechsel und Wechselverkehr anerkennt, darf in dem Wechselprozeß den Gerichtsstand des Zahlungsortes ausschließen oder hat ihn jemals ausgeschlossen. Das Bedürfniß und der Gebrauch des Handels haben, wie das ganze Handelsrecht, so besonders auch das Wechselrecht wesentlich geschaffen und sich von der Gesetzgebung allmälig nur Schutz und Anerkennung errungen; um daher das Recht, das Gesetz zu erkennen und zu erfahren, muß erforscht werden, was die Bedürfnisse des Handels gebieten und deßhalb geübt werde. Nun sind in der ganzen Handels-

Digitized by Google

welt seit Jahrhunderten die domicilirten, namentlich auch die domicilirten eigenen Wechsel vielfach und vielgestaltig gebraucht worden, was unmöglich gewesen wäre, hätten die Wechsel in ihrem Domicile nicht gegen den dort befindlichen Schuldner eingeklagt werden können; der Gebrauch, die Nothwendigkeit führten daher zur Einklagbarkeit der Wechsel an ihrem Domicile und die Gesetzgebung anerkannte dieselbe bald überall.

Der oben mitgetheilte obergerichtliche Recursalbescheid erscheint nunmehr eben so sehr in Widerspruch mit dem Bedürfnisse des Handels als mit dem europäischen Wechselrechte. Da indessen auf dem hiesigen Handelsplatze und überhaupt in dem hiesigen Cantone die domicilirten Wechsel nicht sehr häufig sind, — überdem die Wechselschuldner der Regel nach ihrer eigenen Ehre und ihres Credites wegen für die Bezahlung der Wechsel ohne den Rechtstrieb sorgen, — endlich beim Mangel Zahlung der Gläubiger in den weitaus meisten Fällen sich mit Erhebung eines Protestes begnügen und auf seinen gewöhnlich vorhandenen Vormann zurückgreifen wird: ist glücklicher Weise die obergerichtliche Entscheidung von keinem großen praktischen Einflusse. Dessenungeachtet aber ist es bedauerlich, hier den handeltreibenden Canton Zürich mit der übrigen Handelswelt entzweit zu sehen, weil je mehr der Canton Zürich dem übrigen europäischen Handelsleben sich anschließt und dieses in sich aufnimmt, sein eigener Handel um so sicherer und blühender sich erheben wird. Wenn der gesammte Handelsstand des Cantons Zürich nicht seit Jahren darauf bedacht wäre, durch jedes mögliche Mittel, wie durch Schiedsgerichte, Vergleiche, Nichtklagen u. s. w., in seinen Handelsstreitigkeiten die Berührung mit den Gerichten zu vermeiden, weil er den Gerichten nicht die erforderliche Kenntniß und Berücksichtigung des Handelslebens und der Handelsgebräuche zutraut: müßten doch endlich von dem Handelsstande je länger je lauter und dringender *Handelsgerichte* gefordert werden, indem nur durch die letztern eine bessere Bürgschaft gegeben ist,

Digitized by Google

daß Handelsstreitigkeiten auch handelsrechtlich, kaufmännisch entschieden werden.

Das eidgenössische Concordat vom 15. Juni 1804, bestätigt den 8. Juli 1818[1]), wonach der seßhafte, aufrechtstehende Schuldner, den alten Rechten gemäß, vor seinem natürlichen Richter gesucht werden muß und in Fällen von Schuldbetreibungen von einem Eidgenossen gegen den andern darnach verfahren werden soll, gehört gar nicht hieher und ist für die obwaltende Streitfrage gleichgültig. Von selbst versteht es sich, daß der nichtschweizerische oder ausländische Wechselschuldner, welcher einen dahier domicilirten Wechsel bezahlen soll und hier zu treffen ist, sich nicht auf das eidgenössische Concordat berufen darf; da aber dieses Concordat der einzige Grund nach der obergerichtlichen Ansicht ist, weßhalb gegen den schweizerischen, dahier getroffenen Schuldner des domicilirten Wechsels nicht eingeschritten werden konnte, ist unter den gleichen Umständen wenigstens gegen nichtschweizerische Wechselschuldner nach der Entscheidung des Obergerichtes der Rechtstrieb zulässig. Uebrigens ist jenes Concordat auch bei Schweizern nur mit der nothwendigen Beschränkung zu verstehen und anzuwenden, wenn und insofern der Schuldner sich nicht freiwillig oder vertragsgemäß einem andern Richter unterworfen haben sollte. Das Concordat soll nur den Schweizer bei seinem Rechte schützen, dem natürlichen Richter (wider seinen Willen) in Schuldsachen nicht entzogen zu werden; kann aber auch der Schweizer über seine Rechte verfügen, darf er darauf verzichten, muß er auch beliebig (wenigstens in Schuldsachen) einem andern als dem natürlichen Richter sich unterziehen können. Durch Vertrag kann somit auch der Schweizer sich in Schuldsachen einem fremden (dem nicht natürlichen)

---

[1]) Officielle Sammlung der das schweizerische Staatsrecht betreffenden Actenstücke, Bd. I. S. 282.

Digitized by Google

Richter unterwerfen, und die Acceptation oder Ausstellung eines domicilirten Wechsels schließt die Unterwerfung unter den Richter des Domicils des Wechsels in sich. Es wird hiemit keineswegs für das zürcherische Recht das im Allgemeinen demselben allerdings unbekannte forum contractus in seinem gemeinrechtlichen Umfange angenommen, sondern einzig und allein behauptet, durch den domicilirten Wechsel werde gegen den Wechselschuldner ein forum conventionale, ein forum contractus, d. h. der Gerichtsstand des Zahlungsortes als ein vertragsgemäßer begründet. [1]) Das Obergericht hat die wesentliche Frage, ob die Acceptation oder Ausstellung eines domicilirten Wechsels nicht vertragsgemäß zugleich den Gerichtsstand des Wechseldomicils begründe, völlig übersehen oder wenigstens übergangen, ohne daß hiefür Gründe angegeben worden wären, so daß auch eine Würdigung und Widerlegung dieser Gründe nicht versucht werden kann.

---

[1]) Vgl. Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses, Thl. I. S. 88 fgde.

Digitized by Google

XXI.

Aus den obergerichtlichen Entscheidungen während der Monate Januar, Februar und März 1849. Mitgetheilt von Herrn Obergerichtsschreiber Römer.

1. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. In einem Prozesse in Sachen der Recurrentin, Elisabetha Greiner, Klägerin, gegen alt Gemeinderath Jacob Müller zum Rößli in Brüttisellen, Beklagten, betreffend Vaterschaft, habe das Bezirksgericht Uster der klägerischen Partei verschiedene Fristen zur Cautionsleistung für Arztkosten u. s. w. angesetzt, und zwar zuerst der Klägerin selbst eine solche von 14 Tagen, unter der Androhung, daß der Klage keine weitere Folge gegeben würde; sodann dem Stillstande Hirzel eine gleiche Frist (die in der Folge auf Ansuchen hin noch verdoppelt worden sei), unter der Androhung, daß das von der Klägerin geborene Kind ihr zuerkannt würde; allein alle diese Fristen seien erfolglos verstrichen, worauf das Bezirksgericht durch Beschluß vom 4. November v. J. der letztern Androhung Folge gegeben, auch ein Gesuch der Recurrentin um Aufhebung dieses Beschlusses unter dem 16. December v. J. abgewiesen habe; —

B. Hierüber beschweren sich die Recurrenten und tragen auf Aufhebung des Beschlusses vom 4. November v. J. an, indem sie keine Schuld daran tragen, daß die Fristen nicht innegehalten worden seien, da das Bezirksgericht die dießfälligen Beschlüsse nicht ihnen, sondern ihrem Anwalte, Herrn Proc. Sulzberger, zugestellt habe; daher die Schuld entweder auf diesen falle, oder einem unglücklichen Zufalle, nämlich dem, daß der, hierüber von Herrn Sulzberger angeblich an

Digitized by Google

den Stillstand Hirzel geschriebene Brief verloren gegangen, zuzuschreiben sei; überdieß behaupten sie, die Caution sei von Herrn Sulzberger selbst in seinem Fristerstreckungsgesuche geleistet worden; —

C. Dieses soeben erwähnte Gesuch vom 17. Juli 1848 enthalte folgende Stelle:

„Für den Fall, daß dieses Gesuch verworfen werden sollte, erkläre ich persönlich .... bis zur Bestellung anderweitiger Caution zu haften"; —

D. In seiner Beantwortung der Recursschrift trage der Beklagte auf Abweisung der Recurrenten an; —

E. Das Bezirksgericht Uster, welchem die Recursschrift zur freigestellten Berichterstattung mitgetheilt worden, verweise lediglich auf die recurrirten Beschlüsse und auf das Fact. C angeführte Actenstück mit der Bemerkung, daß jene Erklärung darum keine Bedeutung mehr haben könne, da dem Gesuche um Fristerstreckung eben entsprochen worden sei:: —

in Erwägung:

1) Daß die Behauptung, es sei die Caution rechtzeitig durch den Anwalt der klägerischen Partei, Herrn Sulzberger, geleistet worden, unrichtig ist, indem das Anerbieten desselben, sie persönlich zu übernehmen, an die nicht in Erfüllung gegangene Bedingung, wenn das Gesuch um Erstreckung der Frist abgewiesen würde, geknüpft war; —

2) daß, sobald nun aber dem so ist, dann auch der recurrirte Beschluß als gerechtfertigt angesehen werden muß, weil unzweifelhaft die Frist für die Cautionsbestellung der stattgefundenen Erstreckung derselben ungeachtet nicht ist eingehalten worden und die Folge der Versäumung zum Voraus gehörig angedroht war, die Unmöglichkeit aber, der Auflage rechtzeitig nachzukommen, namentlich etwa die nicht oder zu spät oder ungültig erfolgte Mittheilung der Auflegung der Caution nicht vorliegt, indem namentlich, was die

Digitized by Google

Statthaftigkeit der Mittheilung an den Anwalt anstatt an die Partei selbst betrifft, zwar bei uns als Regel gilt, daß Ladungen und Beschlüsse im Cantone wohnenden Parteien selbst und nicht ihren Anwälten — den Fall einer Streitgenossenschaft oder, wo sonst eine Mehrzahl von Personen durch Einen Anwalt vertreten werden, etwa ausgenommen — angelegt werden sollen, doch in Ermangelung eines entgegenstehenden, die Nichtigkeit eines entgegengesetzten Verfahrens aussprechenden Gesetzes oder dießfälligen Gerichtsgebrauches die dem Anwalte geschehene und von ihm angenommene Anlegung als genügend angesehen werden muß; —

3) daß hinsichtlich der Kosten die Bestimmung des §. 7 des Sporteln-gesetzes Anwendung findet:: —

mit Einmuth beschlossen:

Sei der Recurs unbegründet. (Justizpr. vom 11. Jan. 1849, Nr. 6.)

---

2. Auszug aus den Erwägungen eines obergerichtlichen Urtheils betreffend den Einkauf von Salz außerhalb des Cantons.

1) Daß nach §. 8 lemma 1 des Gesetzes über das Gewerbswesen vom 9. Mai 1832 der Vertrieb des Salzes ein Staatsregal und „sowol der Handel mit Salz als auch der Einkauf desselben bei jemand Anderm als bei den obrigkeitlich bestellten Salzauswägern (resp. bei der betreffenden Staatsbehörde selbst) den Privaten bei Strafe untersagt" ist und nun, wie das Obergericht sich schon wiederholt, namentlich unter dem 7. April 1845 i. S. Fehr und unter dem 27. April 1847 i. S. Zellinger, ausgesprochen hat, wenn auch darüber kein Zweifel waltet, daß das Monopol des Staates sich nicht auf alle Salze, das Wort in technischem Sinne genommen, bezieht, vielmehr daß der in dem citirten Gesetze gebrauchte Ausdruck „Salz" in der Bedeutung des gemeinen Lebens aufzufassen und somit darunter die in ihrem reinen Zustande

Digitized by Google

wesentlich als Nahrungsstoff dienliche Salzart gemeint sei [vgl. z. B. die Erwägungen zum Gesetze der helvetischen Republik vom 4. Mai 1798 betreffend den ausschließlichen Handel des Salzes (mit Salz) auf Rechnung des Staates], denn doch anderseits bei der Allgemeinheit des Ausdruckes „Salz" aller derartige Stoff, mag er nun wirklich zur Nahrung für Menschen oder Vieh oder zu irgend einem andern Zwecke bestimmt, besserer oder geringerer Qualität, in üblicher Form und vollendet hergestellt sein oder nicht, sich in reinem Zustande befinden oder eine Beimischung erlitten haben, als zum Monopol gehörig angenommen werden muß, somit im vorliegenden Falle ein Eingriff in das Recht des Staates unzweifelhaft vorliegt; —

2) daß die Confiscation des fraglichen Salzes sich vollständig rechtfertigt, wie sie auch in allen solchen Fällen immer vollzogen worden ist und sich überhaupt von selbst versteht, da ein Abgehen hievon zu der ganz abnormen Annahme führen würde, daß eine Uebertretung des betreffenden Gesetzes gegen eine gewisse Abgabe, resp. Buße, gestattet sei. (Criminalpr. vom 8. Jan. 1849, i. S. Leemann.)

---

3. Auszug aus den Erwägungen eines obergerichtlichen Urtheils betreffend Theilnahme an einem Raufhandel.

1) Daß nach dem Inhalte der erstinstanzlichen Erwägungen angenommen werden muß, es beruhe die Qualification des Bezirksgerichtes, wonach Kunz der Körperverletzung dritten Grades verdächtig, beide Inculpaten aber der Theilnahme an einem Raufhandel und der thätlichen Beschimpfung schuldig erklärt werden, auf der Ansicht, daß nur wahrscheinlich, nicht aber gewiß sei, daß Kunz dem Damnificaten die Verletzungen zugefügt habe, daß also in dieser Hinsicht nur Instanzenklassung ausgesprochen werden könne; daß hingegen erwiesen vorliege, daß beide Inculpaten sich der

Digitized by Google

Theilnahme an einem Raufhandel und der thätlichen Beschimpfung schuldig gemacht haben; —

2) daß nun aber diese Qualification als richtig insofern nicht betrachtet werden kann, als nach unserm Strafgesetzbuche die Theilnahme an einem Raufhandel nicht an und für sich allein, sondern nur dann mit Strafe bedroht ist, wenn letzterer Tödtung oder Körperverletzung zur Folge gehabt hat, mithin in gegenwärtigem Falle lediglich in Frage kommt, ob die Verletzung, welche Damnificat erlitten hat, als Folge einer zwischen ihm und den Inculpaten stattgehabten Rauferei zu betrachten oder ob nur so viel bewiesen sei, daß die Inculpaten sich der Beschimpfung schuldig gemacht haben; —

3) daß in dieser Hinsicht vorerst daran gezweifelt werden könnte, ob überhaupt eine Rauferei stattgefunden habe; daß indeß diese Frage (in Uebereinstimmung mit früheren Urtheilen, vgl. z. B. Schauberg's Beiträge, Bd. V. S. 47) darum bejaht werden muß, weil, wenn auch angenommen wird, daß der Damnificat sich ganz passiv verhalten, höchstens sich gegen die Mißhandlung gewehrt und nicht auch seinerseits angegriffen habe, und wenn auch der Gesetzgeber bei Abfassung des citirten Paragraphen allerdings zunächst an den Fall gedacht haben mag, in welchem zwei Personen oder Parteien einander gegenseitig angreifen, doch Nichts darauf hinweist, daß nur dieser Fall in's Auge gefaßt worden sei, zumal bei so strictter Interpretation des fraglichen Paragraphen in Fällen der vorliegenden Art jedem einzelnen gegenüber bloße Instanzentlassung selbst da eintreten müßte, wo die Theilnahme an sich bewiesen und nur der jedem Schuldigen zur Last fallende Grad derselben nicht ausgemittelt wäre, während §. 169 b gerade den Zweck hat, diesem Uebelstande vorzubeugen; —

4) daß ferner aus den von dem Bezirksgerichte angeführten Gründen mit Gewißheit angenommen werden kann, daß dem Damnificaten

Digitized by Google

die fragliche Verletzung bei Anlaß jener Rauferei von Einem der Inculpaten zugefügt worden und nur darüber Zweifel obwalten, welcher von Beiden als Urheber zu betrachten sei, somit der in §. 169 b des Strafgesetzbuches vorgesehene Fall vorliegt, wo zwar die Theilnehmer an der Rauferei, nicht aber die Urheber und Gehülfen der Verletzung ausgemittelt sind; —

5) daß also den beiden Inculpaten Theilnahme an einer Körperverletzung in einem Raufhandel zur Last fällt, hingegen von thätlicher Beschimpfung als selbstständigem Vergehen darum keine Rede sein kann, weil dieselbe bereits in dem Vergehen der Theilnahme an einer Körperverletzung im Raufhandel inbegriffen ist; —

6) daß daher bei Zumessung der die beiden Inculpaten treffenden Strafe §. 169 b des Strafgesetzbuches zur Anwendung kommt, wonach Gefängniß von höchstens 14 Tagen, womit Buße von 10—60 Fr. verbunden werden kann, eintreten soll, — somit die Strafe, welche die erste Instanz beiden Inculpaten aufgelegt hat, herabgesetzt werden sollte, indeß mit Bezug auf den Kunz diese Herabsetzung darum nicht eintreten kann, weil er gegen das erstinstanzliche Urtheil die Berufung nicht ergriffen hat. (Criminalpr. vom 22. Jan. 1849 i. S. Stäubli u. Kunz)

---

4. Das Bezirksgericht Z. hatte die Ansicht ausgesprochen, daß wegen der notorisch fehlerhaften Amtsführung eines gewissen ehemaligen Gemeindeammannes auf eine von demselben herrührende Beglaubigung keine Rücksicht genommen werden könne.

Die betreffende Erwägung des obergerichtlichen Urtheils lautet folgendermaßen:

Daß die von dem S. geführten Bücher, wie es sich auch immer mit ihrer Richtigkeit und mit ihrer Zulässigkeit als Beweismittel verhalten mag, darum nicht geeignet sind, die Fact. G I. des

Digitized by Google

erstinstanzlichen Urtheils angeführten Beweissätze und Beweismittel von vorne herein zu beseitigen, weil jedenfalls dem Kläger zum Behufe der Entkräftung der Einrede, welche Beklagter, gestützt auf die fragliche Buchführung, der klägerischen Forderung entgegensetzt, freistehen muß, die Unrichtigkeit dieser Buchführung nachzuweisen, gerade hierauf aber der fragliche Beweis gerichtet ist, woraus von selbst folgt, daß die Beglaubigung des Gemeindeammanns Z., wonach die betreffenden Inventarien und Rechnungen mit den Büchern der Societät übereinstimmen sollen (angenommen, daß sie wirklich zu seinen amtlichen Verrichtungen gehört habe), der Erheblichkeit des fraglichen Beweises ebenfalls nicht entgegensteht, wenn auch allerdings an dem Grundsatze festzuhalten ist, daß selbst notorisch fehlerhafte Amtsführung eines Gemeindeammannes im Allgemeinen für die Unrichtigkeit seiner einzelnen Amtshandlungen an und für sich allein Nichts beweist, und daher der in Erw. 4 des erstinstanzlichen Urtheils enthaltenen Ansicht ihrer bedenklichen Consequenzen wegen nicht unbedingt beigepflichtet werden kann. (Civilprot. vom 20. Jan. 1849 i. S. Schultheß c. Baumann.)

---

5. Die A., Ehefrau des B., ist verpflichtet, an die C. jährlich einen gewissen Leibdingszins zu bezahlen. Dieses Leibding wird von dem Ehemanne mehrere Jahre lang nicht entrichtet. Später stirbt der Letztere; es erfolgt die Ausscheidung des Vermögens der Wittwe von demjenigen ihrer Kinder nach den Vorschriften des Eglisauer Erbrechtes, und nun will die C. für die während der fraglichen Ehe aufgelaufenen Restanzen sich an die Erben des verstorbenen Ehemannes halten.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß, da die Forderungen von 10 fl. für eine Uhr und 10 fl. für baares Darlehen erstinstanzlich abgewiesen worden sind, die

Digitized by Google

Appellation aber darauf nicht gerichtet ist, dieselben gegenwärtig nicht mehr in Betracht fallen; —

2) daß, was dagegen die in ihrem Betrage unbestrittene Forderung auf den während der Ehe des Vaters und Erblassers der Beklagten mit ihrer Mutter, als der eigentlich Verpflichteten, verfallenen Antheil der der Klägerin gebührenden Leibdingsleistungen anbetrifft, zwar die Verbindlichkeit des verstorbenen Erblassers und nunmehr seiner Erben mit Unrecht abgeleitet wird aus der Pflicht eines Nutznießers zu Bezahlung der auf dem Gute, dessen Genuß ihm zusteht, haftenden und darauf bezüglichen Zinse und Lasten, zumal, abgesehen davon, inwiefern auch nach aufgehobenem Nießbrauche dem zu den betreffenden Leistungen Berechtigten die Befugniß zustehe, sich für die von dem Nutznießer unerfüllt gebliebenen Zahlungen unmittelbar an ihn, resp. seine Erben, mit dem oder denen er in keinem obligatorischen Verhältnisse steht, zu halten, jedenfalls in Betracht fällt, daß nach dem in Hänuwangen geltenden Eglisauer Stadtrechte von der Nutznießung des Ehemannes an dem zugebrachten Vermögen der Frau, wie sie nach dem Stadt- und Landrechte stattfindet, nicht gesprochen werden kann, da bei unbeerbter Ehe dem überlebenden Ehegatten das gesammte „gemeine" (ungezweite) Gut ausschließlich zu Eigenthum zufällt; bei beerbter Ehe aber, wie sie im gegenwärtigen Falle vorliegt, nach Art. 4, §§. 2 und 3 des citirten Eglisauer Rechtes (Pestalutz, Samml., Bd. II. S. 177) nach dem Tode des einen Ehegatten und dem Aufhören des Beisitzes des überlebenden mit den Kindern jedem Theile die Hälfte der Errungenschaft zufällt, und somit keineswegs der ganze eheliche Erwerb und in demselben der Ertrag des in dem ungezweiten Gute befindlich gewesenen eheweiblichen Zubringens dem Manne, resp. seinen Erben, gehört; —

3) daß indeß dennoch die Abweisung der Forderung, wie sie vor

Digitized by Google

erster Instanz ist ausgesprochen worden, sich nicht rechtfertigt, indem nach dem citirten Art 4, §. 4 des Eglisauer Stadtrechtes, und zwar ganz allgemein und ohne daß zwischen beerbter und unbeerbter Ehe unterschieden wäre, die Eheleute die „Schulden (die sie) by einanndern machtind vngefarlich gemeinlich mit einanndern bezalen sollen", und nun, obgleich allerdings der in Frage stehende Antheil der der Klägerin gebührenden Leibdingsleistungen zunächst auf dem zugebrachten Vermögen der Frau des Erblassers und Mutter der Beklagten haftete und Letztere als die eigentlich und ursprünglich Verpflichtete erscheint, doch die während der Ehe verfallenen Raten als Schuld, welche die Eheleute „by einanndern machtind", als wirkliche eheliche Schuld angesehen werden muß, weil dieselbe während der Ehe aus dem „gemeinen" Gute, dessen Vermehrung oder Verminderung beiden Eheleuten zum Vor- oder Nachtheile gereicht hat (vgl. die cit. §§. 2 u. 3), hätte entrichtet werden sollen, so daß also die aus der Zeit der Ehe herrührenden Rückstände dieser Zahlungen das „gemein" gewesene Gut afficirt und eine Last desselben gebildet hatten; —

4) daß, wenn nun zwar der überlebende Ehegatte den Beisitz mit den Kindern in dem gemeinen Gute würde fortgesetzt haben, die ganze Forderung unzweifelhaft sofort gegen die Gemeinschaft und deren Haupt hätte geltend gemacht werden können, wogegen nun, da ein solcher Beisitz entweder nie stattgefunden oder doch aufgehört und die Ausscheidung der Kinder von ihrer Mutter unbestrittenermaßen erfolgt und Letzterer ihr Zugebrachtes wieder zu Theil geworden ist, in Frage kommen kann, ob nicht wenigstens einstweilen die Forderung als nur zur Hälfte gegen die Erben des Mannes begründet angesehen könne, mit Rücksicht auf die Bestimmung des cit. §. 4, wonach die Ehegatten die „bei einander gemachten" Schulden auch „gemeinlich mit einanndern" bezahlen sollen; —

Digitized by Google

5) daß indeß aus diesem zunächst offenbar das Nochfortbestehen der Ehe oder doch die noch nicht vor sich gegangene Theilung oder Ausscheidung der Bestandtheile des gemeinen Gutes und die Liquidation der Schulden aus diesem Gesammtgute im Auge habenden Ausdrucke für den entgegengesetzten Fall der Geltendmachung der Forderung nach bereits erfolgter Ausscheidung nur so viel, daß der zur Zahlung angehaltene Theil sich nachträglich mit dem andern zu berechnen befugt sei, geschlossen werden kann, nicht aber, daß auch der Gläubiger, dem ursprünglich eine ungetheilte Forderung zustand, sie nunmehr zu theilen gezwungen werden könne; —

6) daß vielmehr in Ermangelung einer dießfälligen Bestimmung des Statutes und, wo nicht die besondern Verhältnisse des einzelnen Falles auf etwas Anderes führen, im Zweifel kein Grund vorhanden ist, dem Gläubiger die Befugniß abzusprechen, sich fortwährend an den Ehemann, als Haupt der Haushaltung, von welchem er während der Dauer der Ehe seine Befriedigung hätte verlangen können, resp. dessen Erben zu halten, diesem, resp. diesen, dann die Auseinandersetzung mit den Erben der vorverstorbenen, resp. mit der überlebenden, Ehefrau vorbehalten:: —

mit Einmuth gefunden:

Es sei die Berufung der Klägerin, soweit sie ergriffen worden ist, begründet, und hierauf

erkannt:

1. Seien die Beklagten schuldig, die während der Ehe ihres Vaters mit ihrer Mutter verfallenen Leibdingsraten mit 100 fl. 13 ß. vorbehältlich ihrer dießfälligen Berechnung mit ihrer Mutter zu bezahlen, wogegen es hinsichtlich der weiteren Forderung von 10 fl. und derjenigen auf Ausfolgung der Uhr, resp. des Ersatzes für dieselbe, bei dem erstinstanzlichen Urtheile sein Verbleiben hat; —

2. Sei die den Beklagten erstinstanzlich gesprochene Entschädigung aufgehoben; —

Digitized by Google

3. Haben die Beklagten die sämmtlichen erst- und zweitinstanzlichen Prozeßkosten und an die Klägerin eine prozessualische Entschädigung von 12 Fr. zu bezahlen. (Civilpr. vom 20. Jan. 1849 i. S. Meier c. Angst.)

---

6. Nach Einsicht einer Zuschrift des Herrn Fürsprech Pestalutz, Namens des Herrn Devimes Tavernier und Streitgenossen vom 5. v. M. und der Beilagen, wurde

da sich ergeben (vgl. oben S. 245 fgde):

A. Das Obergericht habe durch Urtheil vom 9. November v. J. in Sachen der Petenten, Kläger und Appellanten, und des Herrn Fürsprech Surber, Namens des Herrn J. Jacob Ernst-Wieser in Winterthur und ferner Namens des Herrn Johannes Goldschmied zur Gans, als Vogtes der Anna Maria Ernst, des Eduard Ernst, der Amalia Ernst und des August Ernst, Beklagten und Appellaten, — über die Rechtsfragen: 1. Ob die Beklagten insgesammt, resp. der großjährige Sohn J. Jacob Ernst allein, rechtlich verpflichtet seien, den Nachlaß ihres verstorbenen Vaters J. J. Ernst zum Pfauen in Winterthur zu übernehmen und die den Klägern zustehenden Forderungen an dieselben zu bezahlen? 2. Ob nicht der Herr Ernst-Wieser für sich allein verpflichtet sei,

a) 130 fl. 1½ ß. an die Herren Frei und Salzmann in Aarau,
b) 88 „ — „ „ „ „ Rittener und Hofer in Lausanne,
c) 101 „ — „ „ „ „ Schmitter u. Comp. in Rothrist,
d) 221 „ 35 „ „ „ „ Rentsch u. Hauser in Wädenschw.,
e) 339 „ 19 „ „ „ „ Gonthart u. Comp. in Frankfurt

und den fünften Theil der Forderungen der übrigen Kläger mit Zinsen zu 5 %, vom 16. August 1847 an gerechnet, zu bezahlen? — erkannt: a) Seien Kläger mit dem in der ersten Rechtsfrage enthaltenen Begehren abgewiesen; — b) Sei dagegen der Beklagte (Ernst-Wieser) verpflichtet,

Digitized by Google

130 fl. 1½ ß. an die Herren Frei und Salzmann in Aarau,
88 „ — „ „ „ „ Rittener und Hofer in Lausanne,
101 „ — „ „ „ „ Schmitter u. Comp. in Rothrist,
221 „ 35 „ „ „ „ Rentsch und Hauser in Wädenschweil,
339 „ 19 „ „ „ „ Gonthart u. Comp. in Frankfurt

sammt Zinsen zu 5 %, vom 16. August 1847, als dem Tage der friedensrichterlichen Weisung an gerechnet, zu bezahlen, — und überdieß den Klägern für den aus seinen Handlungen allfällig entstehenden Schaden im Sinne der Erw. 7 zu haften, — mit dem weiteren in der zweiten Rechtsfrage enthaltenen Begehren seien die Kläger abgewiesen; —

B. Petent stelle nun das Gesuch um Revision dieses Urtheils jedoch nur gegen Herrn Ernst-Wieser, und führe zur Begründung seines Begehrens Folgendes an:

Schon in der ersten Erwägung des obergerichtlichen Urtheils werde von den früheren, vom Obergerichte ausgesprochenen, Grundsätzen abgegangen, welche dasselbe in dem mit großer Umsicht ausgearbeiteten Urtheile, das in der Lehre von der Anschlagung einer Erbschaft offenbar ein dauerndes Gewohnheitsrecht hätte begründen sollen, ausgesprochen habe (Schauberg's Beiträge, Bd. IV. S. 298); —

Es sei nämlich in dem zu revidirenden Urtheile davon die Rede, daß der ab intestato Erbberechtigte seinen Willen, die Erbschaft anzutreten, zu erkennen geben müsse, während in dem citirten Urtheile davon ausgegangen werde, daß derselbe seinen Willen, die Erbschaft auszuschlagen, zu erklären habe, und darin klar und bestimmt das Princip ausgesprochen sei, daß nach Ablauf der vier Wochen = 28 Tage die rechtliche Vermuthung dafür streite, daß der Erbberechtigte die Erbschaft zu behalten gesonnen gewesen, und daher den Beweis zu führen habe, daß er Nichts gethan, woraus der Antritt folge; —

Im vorliegenden Falle wäre es freilich nicht leicht gewesen, nachzuweisen, daß Herr Ernst-Wieser jenen Beweis rechtsgenügend

Digitized by Google

geleistet habe, während erst am 21. April, also am 38. Tage nach dem Tode des Erblassers vor der Waisen-Commission, einer ganz incompetenten Behörde, die den Herrn Ernst-Wieser gar nicht bindende Erklärung erfolgt sei, welche in Erw. 4 lit. b des obergerichtlichen Urtheils sich angeführt finde; —

Petent frage nun, ob diese Präsumtion wieder über Bord geworfen worden, und wenn nicht, ob das Obergericht dieselbe absichtlich außer Acht gelassen oder nur übergangen habe; —

Herr Ernst-Wieser habe 45 Tage lang die Handlung seines Vaters in allen Zweigen und Richtungen fortgesetzt; — mit Bezug auf die Gründe, welche nach der Ansicht des Obergerichtes den Schluß nicht rechtfertigen, daß derselbe wenigstens für seine Person die Erbschaft angetreten habe, welche in Erw. 4 des obergerichtlichen Urtheils enthalten seien und noch durch einige Momente in Erw. 6 unterstützt werden, bemerke nun Petent

ad Erw. 4 lit. a:

Hier werde aus dem Gesuche der Waisen-Commission um Fristerstreckung vom 3. April 1847 die Stelle hervorgehoben, in welcher als Grund für das Begehren außer vielen andern auch der geltend gemacht werde, daß noch mehr Zeit als zur Zusammensetzung der Beschreibung die Besprechung der Familienglieder behufs eines Entschlusses zur Uebernahme des Handelsgeschäftes auf Grundlage der Inventur erfordern werde, indem namentlich dieser Passus entschieden darauf hinweisen solle, daß Herr Ernst zur Erklärung über Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft sich freie Hand habe offen behalten wollen; — nun aber sei Herr Ernst der einzige volljährige Erbberechtigte ab intestato gewesen, während der Wittwe nach Winterthurer Stadterbrecht nur eine statutarische Portion zukomme und andere nähere oder entferntere Verwandte in concreto nicht erbberechtigt seien; — wenn man in den Ideengang des Obergerichtes eingehe, so hätten consequent die Wittwe und die übrigen Familienglieder, welche über Antritt oder

Digitized by Google

Ausschlagung der Hinterlassenschaft gar keine Erklärung zu geben gehabt, sich gleichwol darüber freie Hand offen behalten wollen, da sich aber dieß unmöglich annehmen lasse, so erscheine auch die Schlußfolgerung des Obergerichtes als ganz unrichtig; — dasselbe habe offenbar übersehen,

a) daß Herr Ernst am 3. April gar nicht vor Waisen-Commission erschienen sei, wie dieß später stattgefunden habe, —

b) daß Nichts darauf hinweise, daß jener Grund aus seinem Auftrage und mit seiner Zustimmung geltend gemacht worden sei, —

c) daß somit aus einem solchen Grunde in Bezug auf die Gesinnung des Herrn Ernst keine Schlüsse gezogen werden dürfen, —

d) daß die Waisen-Commission nur von einer möglicher Weise erforderlich werdenden Nichtantrittserklärung der Erbschaft Namens der minderjährigen Kinder spreche, —

e) daß sie dagegen eine Ausschlagung der Erbschaft von Seite des volljährigen Sohnes weder in nahe noch entfernte Aussicht gestellt und nicht einmal die dießfällige Möglichkeit habe durchblicken lassen, —

f) daß Herr Ernst schon 20 Tage lang die Handlung seines Vaters in allen Zweigen angetreten und fortgesetzt, theils vor, theils während der Inventur, und tagtäglich weiter fortgefahren sei, über die Hinterlassenschaft nicht bloß etwa „einiger Gestalten zu disponiren", wie das Stadt- und Landrecht sich ausdrücke, sondern daß er dieselbe wirklich ganz zu seinen Handen genommen habe, —

g) daß Herr Ernst-Wieser damals weder selbstständig um das beneficium inventarii nachgesucht noch sich an das Begehren der Waisenbehörden angeschlossen habe, wie er denn ja keine Bedenkzeit bedurft und keine gewollt habe; —

ad Erw. 4 lit. b:

Es möge sein, daß Herr Ernst-Wieser und Herr Hofacker als Beistand der Wittwe des Erblassers vor Waisen-Commission die

Digitized by Google

fragliche „Bemerkung“ gemacht haben; allein auch hier sei keine Spur davon vorhanden, daß die genannten Herren die Waisen-Commission beauftragt, dem Gerichte als der competenten Behörde von ihrer „Bemerkung“ Kenntniß zu geben; — übrigens habe das Obergericht in dieser Beziehung jedenfalls übersehen,

a) daß es sich hier nicht um einen einseitigen Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft von Seite des Herrn Ernst gehandelt, sondern um eine gemeinsame Uebernahme der Hinterlassenschaft durch Herrn Ernst, die Erben und die gar nicht erbberechtigte Wittwe, welche mit Bezug auf Ausschlagung oder Antritt der Hinterlassenschaft gar keine Erklärung abzugeben gehabt habe; — dieselben haben sich darüber bedenken und noch freie Hand offen behalten wollen, ein Rechtsgeschäft, wozu die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung der Gläubiger nach erfolgter gerichtlicher Bekanntmachung erforderlich gewesen wäre; — von diesem Standpunkte aus haben jene Personen später noch weitere Schritte gethan, dagegen finde sich in der erwähnten „Bemerkung“ nicht die leiseste Spur, daß Herr Ernst für sich allein, als einziger volljähriger Erbe ab intestato und zwar ipso jure, sich freie Hand habe offen behalten wollen, —

b) daß die fragliche „Bemerkung“ erst am 38. Tage nach dem Tode des Erblassers gemacht worden, somit das erste Lebenszeichen sei, welches Herr Ernst mit Bezug auf Bedenkzeit von sich gegeben, —

c) daß derselbe jede rechtliche Wirkung seiner „Bemerkung“ dadurch aufgehoben und gänzlich vernichtet habe, daß von ihm die Handlung als unumschränkter Herr und Inhaber derselben fortgesetzt worden sei; —

ad Erw. 4 lit. c:

Hier sei übersehen worden

a) die actenmäßige Thatsache, daß das Bezirksgericht vor dem 28. April nur der Waisen-Commission Namens der minderjährigen Erben

Digitized by Google

eine Frist von vier Wochen bewilligt und dann bis zum 4. Mai 1847 erstreckt habe, um sich über den Antritt oder Nichtantritt der Hinterlassenschaft zu erklären, und daß bis dahin Herr Ernst auch nicht den entferntesten Versuch gemacht, jene Frist für sich geltend zu machen, was ohnehin rechtlich ganz unzulässig gewesen wäre, —

b) daß das Gesuch um Bewilligung des gerichtlichen Inventars erst am 45. Tage nach dem Tode des Erblassers eingereicht worden sei und jetzt erst Herr Ernst aufgehört habe, über die Hinterlassenschaft zu disponiren, —

c) daß nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift und nach den vom Obergerichte selbst (Monatschr., Bd. IV. S. 302) ausgesprochenen Ansichten die Nachsuchung des beneficium inventarii an eine Frist von vier Wochen gebunden sei, somit einerseits durch eine ausdrückliche oder aus concludenten Handlungen auch vor dem Ablaufe der vierwöchentlichen Frist erfolgte Antretung ausgeschlossen werde, so wie sie anderseits nach Ablauf der Frist, auch wenn keine Antretung geschehen sei, gegen den Willen der übrigen Betheiligten nicht mehr stattfinden könne; —

Nun sei es gewiß ein Versehen und Außerachtlassen thatsächlicher Verhältnisse, daß ein

α) um 16 Tage gesetzlich verspätetes,

β) durch viele hundert während eines Zeitraumes von 44 Tagen ununterbrochen vorgenommene concludente Handlungen längst ausgeschlossenes und

γ) ohne und gegen den Willen der Petenten gar nicht mehr zulässiges Gesuch um Gestattung eines gerichtlichen Inventars als Grund zur Abweisung der Kläger benutzt worden sei; —

ad Erw. 5:

Hier werden die Handlungen aufgezählt, welche von dem Beklagten seit dem Tode des Erblassers bis zur Aufnahme des gerichtlichen Inventars

Digitized by Google

vorgenommen worden seien; — der lange Zwischenraum zwischen der gerichtlichen Verhandlung und der Ausfällung des obergerichtlichen Urtheils möge wol die Ursache sein, daß nachfolgende Handlungen gar nicht erwähnt und gar nicht gewürdigt worden seien, nämlich

a) daß Herr Ernst-Wieser alle und jede Handlungsbücher seines Vaters, ungefähr ein Dutzend an der Zahl, fortgeführt habe, was gewiß, abgesehen von den Handelsgeschäften selbst, ein schlagender Beweis dafür sei, daß derselbe in die Fußstapfen seines Vaters treten, dessen Geschäft habe fortführen wollen und auch wirklich fortgesetzt habe, und zwar während 45 Tagen; — wenn derselbe vor dem 28. April je den Gedanken gehabt, daß er vielleicht später doch noch die Erbschaft ausschlagen werde oder könne, so würde er gewiß über seinen Verkehr seit dem Tode seines Vaters abgesonderte, für sich bestehende Rechnung geführt haben;

b) daß Herr Ernst die nach den Acten so wichtige, von ihm ebenfalls fortgeführte kleine Kasse entweder unterschlagen habe, oder sich doch außer Stande befinde, dieselbe abzuliefern; — das Obergericht habe zwar in Erw. 7 den Grundsatz ausgesprochen, es sei Herr Ernst verpflichtet, den Klägern für diejenigen einzelnen Handlungen einzustehen, welche er, ohne dazu berechtigt zu sein, vorgenommen habe (in welche Kathegorie consequenter Weise alle ohne jede Ausnahme gehört haben würden), allein selbst bei diesem flebile beneficium werden die Petenten durch das Nichtvorhandensein der kleinen Kasse nicht unbedeutend benachtheiligt;

c) auch über die Buchführung sei das Obergericht stillschweigend hinweggegangen, während Petent durch alle Verhandlungen mit der größten Beharrlichkeit die Richtigkeit und Vollständigkeit der gegnerischen Buchführung bestritten und das Begehren gestellt habe, daß unter sorgfältiger Benutzung der Handelsbücher und übrigen Scripturen ein umfassender und wol motivirter Expertenbericht eingeholt werde, wobei er von der Ansicht ausgegangen sei, daß,

Digitized by Google

wenn die Richtigkeit jener Behauptung erwiesen würde, um so weniger von einer Ausschlagung der Erbschaft die Rede sein könne; allein auch dieses Beweisanerbieten sei nicht gewürdigt worden; —

Endlich werden in Erw. 6 aus einer ganz actenwidrigen Behauptung die wichtigsten Schlußfolgerungen gezogen; — dort heiße es nämlich, es habe Herr Ernst-Wieser die fraglichen Handlungen in der freilich größtentheils unrichtigen Voraussetzung vorgenommen, daß er zu allem Diesem in Folge der von der Waisen-Commission ertheilten Bewilligung zu einstweiliger Fortsetzung des täglichen Verkehrs berechtigt, resp. verpflichtet sei; — nun sei freilich von der Gegenpartei zu wiederholtenmalen eine solche Bewilligung behauptet und sogar der Beweis dafür anerboten, aber dieselbe eben so beharrlich in Widerspruch gesetzt worden, und am Schlusse der klägerischen Vorträge heiße es noch, „daß der Laden mit Einwilligung der Waisenbehörden offen gestanden, Waaren gekauft und verkauft und von ihnen in ganz gleichen Fällen so gehandelt worden sei, bestreite ich und will den dießfälligen Beweis gewärtigen"; — somit sei nicht erwiesen, daß eine solche Bewilligung existire; —

In Erw. 2 b werde noch von einer Aufsicht der Waisenbehörden gesprochen, die gar nicht behauptet worden sei und von welcher in den Acten nicht die leiseste Spur vorkomme; — actenmäßig stehe in dieser Beziehung gar nichts fest, als daß erst am 31. März, somit am 17. Tage nach dem Tode des Erblassers, mit der Inventarisation der Anfang gemacht worden sei, und daß während der kurzen Dauer derselben die hiebei thätigen Beamten dem Handelsverkehre des Herrn Ernst-Wieser zugesehen und in Folge desselben keine genaue und richtige Inventur haben aufnehmen können; — wenn ein Beschluß der Waisen-Commission existiren sollte, wie in Erw. 2 b unrichtiger Weise vorausgesetzt werde, so würde Petent auch gegen die minderjährigen Erben um Acceß zur Revision nachsuchen, was er sich ausdrücklich vorbehalte,

Digitized by Google

weil ein solcher Beschluß, wenn er auch gefaßt sein sollte, jedenfalls nicht nach den Ansichten des Obergerichtes exequirt worden sei; — übrigens wisse Petent ganz bestimmt, daß ein solcher Beschluß gar nicht existire; —

C. Nachträglich stelle Petent Namens der Herren Heinrich Gonthart u. Comp. in Frankfurt hinsichtlich eines Specialpunktes das Gesuch um Revision des obergerichtlichen Urtheils; — nach demselben sei dem Herrn Gonthart 339 fl. 19 ß. Z. B. zugesprochen worden; aus der Weisung ergebe sich aber, daß für das erwähnte Handlungshaus gefordert worden sei 439 fl. 16 kr. R. B. oder 399 fl. 13 ß. Z. B.; — das Obergericht habe nach seinen Erwägungen offenbar den nach der Weisung geforderten Betrag gutheißen wollen, und es müsse daher auf einem bloßen Versehen oder einem Schreibfehler beruhen, daß nur 339 fl. 19 ß. Z. B. gutgeheißen worden seien; —

D. Endlich stelle Petent mit Zuschrift vom 6. d. M. folgende Begehren:

a) daß von dem Regierungsrathe die Berichte eingezogen werden möchten, welche demselben in Folge der Denunciation des Obergerichtes in der fraglichen Sache von der Waisen-Commission und dem Bezirksrathe Winterthur erstattet worden seien; — aus diesen Berichten werde der unzweideutige Beweis hervorgehen, daß gar kein solcher Beschluß der Waisen-Commission existire, wie das Obergericht in seinem Urtheile angenommen habe; —

b) daß von Herrn Notar Steiner die sog. kleinen Kassahefte, welche über die Monate März und April 1847 geführt worden, eingefordert werden möchten, indem dieselben erst seit Ausfällung des obergerichtlichen Urtheils zum Vorschein gekommen seien; —

E. In letzterer Beziehung melde mit Zuschrift vom 12. d. M. auch Herr Ernst-Wieser, daß die fraglichen Kassahefte, von denen während des Prozesses Herr Fürsprech Pestalutz immer behauptet, daß er (Herr Ernst) sie auf die Seite geschafft, von Herrn Notar

Digitized by Google

Steiner, unter deſſen Papieren ſie verſchoben geweſen, gefunden worden ſeien, ſomit jene Verdächtigung ſich nunmehr als grundlos herausſtelle:: —

in Erwägung:

1) Daß das Rechtsmittel der Reviſion gegen ein rechtskräftiges Civilurtheil allerdings da zu geſtatten iſt, wo es ſich ergibt, daß der Richter, welcher das zu revidirende Urtheil ausgefällt hat, bei Erlaſſung desſelben erhebliche, aus den Acten erſichtliche Thatſachen, deren Berückſichtigung von Einfluß auf ſeinen Entſcheid hätte ſein können, überſehen habe, — daher dann, da der Petent im vorliegenden Falle ſein Reviſionsbegehren auf dieſen Grund ſtützt, zu unterſuchen iſt, ob und inwieweit ſeine dießfalls aufgeſtellten Behauptungen richtig ſeien; —

2) daß, wenn nun in dieſer Beziehung der Petent zunächſt davon ausgeht, es widerſpreche die Begründung des zu revidirenden Urtheils den früher in Sachen Pfiſter c. Goßauer am 9. Mai 1843 hinſichtlich der Annahme eines Erbſchaftsantrittes von dem Obergerichte ausgeſprochenen Grundſätzen (Schauberg's Beiträge, Bd. IV. S. 298), dieſes — ſogar dann, wenn es ſich wirklich ſo verhalten würde, die Geſtattung der Reviſion nicht zu begründen vermöchte, weil es ſich hiebei keineswegs um eine unrichtige Auffaſſung der thatſächlichen Verhältniſſe des einzelnen Falles, ſondern um die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der dem Entſcheide zum Grunde liegenden Rechtsanſicht handeln würde, wogegen das Rechtsmittel der Reviſion überhaupt nicht zuläſſig iſt, — ſodann aber die dießfällige Behauptung des Petenten an ſich als unrichtig erſcheint, mit Rückſicht darauf, daß

   a) in dem dießſeitigen Urtheile vom 9. November 1848 keineswegs, wie der Petent anzunehmen ſcheint, von dem Grundſatze ausgegangen wird, es bedürfe eines förmlichen Erbſchaftsantrittes von Seite des Inteſtaterben, welchem eine Erbſchaft anfalle, ſo daß derſelbe ſeinen Willen, die Erbſchaft anzutreten,

Digitized by Google

besonders zu erkennen geben müsse, ehe er für Erbschaftsschulden belangt werden könne, — vielmehr die Erw. 1 des zu revidirenden Urtheils, welche der Petent hiebei im Auge hat, indem sie sich an die Begründung der Klage anschließt, wonach die Ernst'schen Erben durch concludente Handlungen ihren Willen, die Erbschaft anzutreten, zu erkennen gegeben haben sollen — sich lediglich dahin ausspricht, daß allerdings beim Vorhandensein solcher concludenten Handlungen, zu denen der Betreffende nur in seiner Eigenschaft als Erbe sich habe berechtigt halten können, demselben das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, nicht mehr zustehe, — eine Ansicht, welche schon in dem in dem Revisionsgesuche citirten Urtheile in Sachen Pfister c. Goßauer ebenfalls klar ausgesprochen ist;

b) wenn sodann darauf abgestellt wird, daß nach Ablauf von vier Wochen, vom Todestage des Erblassers an gerechnet, die rechtliche Vermuthung dafür streite, daß der Erbberechtigte die Erbschaft zu behalten gesonnen gewesen sei, und ihm daher der Beweis obliege, daß er Nichts gethan habe, woraus der Antritt folge, — dieser Grundsatz an sich zwar allerdings richtig und auch gegenwärtig noch fest zu halten, jedoch darum nicht geeignet ist, die Unrichtigkeit des zu revidirenden Urtheils darzuthun, weil die in den Erw. 2—4 desselben als Gründe dafür, daß die Erben nicht gesonnen gewesen seien, die Erbschaft anzutreten, angeführten thatsächlichen Verhältnisse zugleich die Vermuthung, daß sie diese Erbschaft haben behalten wollen, und damit auch die sonst eintretenden rechtlichen Folgen dieser Vermuthung im vorliegenden Falle ausschließen;

c) ebenso die Behauptung des Petenten, es sei das Obergericht von seiner, dem Gesetze entsprechenden, früheren Ansicht, daß das beneficium inventarii nach Ablauf der vierwöchentlichen Frist gegen den Willen der übrigen Betheiligten gar nicht mehr

Digitized by Google

stattfinde, und auch sogar, wenn es rechtzeitig verlangt worden wäre, durch eine geschehene Einmischung in die Erbschaft ausgeschlossen werde, abgegangen sei oder doch nicht beachtet habe, daß das beneficium inventarii von Ernst-Wieser erst am 45. Tage begehrt worden sei, unrichtig ist, vielmehr das Obergericht jenen Grundsatz festhält, dagegen in dem Urtheile auch Nichts vorkommt, was ihn verletzen würde, da zwar allerdings Herr Ernst-Wieser die Frist nicht innegehalten hat, daraus aber nur folgt, theils daß er mit dem beneficium inventarii die Erbschaft ohne Bewilligung der Betheiligten nicht hätte antreten können, theils daß, indem er binnen Frist das beneficium nicht auswirkte, er darzuthun hat, daß er Nichts gethan habe, woraus auf einen Erbantritt geschlossen werden könne, also sich namentlich auf keine Weise eingemischt habe, und nun jenes (Erbantritt sub beneficio inventarii) gar nicht stattgefunden hat, den Beweis für die Nichteinmischung aber und dafür, daß die einzelnen Handlungen, aus denen Revisionspetent eine solche Einmischung ableiten zu können glaubt, diese Bedeutung nicht haben, sondern ihnen ein ganz anderer Zweck zum Grunde gelegen, das Obergericht theils in den Erw. 4 u. 6 des Urtheils, dessen Revision verlangt wird, theils in denjenigen zu gegenwärtigem Beschlusse als erbracht annehmen zu sollen geglaubt hat; —

3) daß ferner ein Uebersehen oder eine irrthümliche Auffassung erheblicher thatsächlicher Verhältnisse in den weiter von den Petenten angeführten Beziehungen bei Ausfällung des zu revidirenden Urtheils nicht stattgefunden hat, indem

a) der in Erw. 4 a angeführte Umstand, es habe die Waisen-Commission ihr am 3. April 1847 an das Bezirksgericht gerichtetes Gesuch um Erstreckung der Frist zur Erklärung über allfälligen Nichtantritt der Erbschaft für die minderjährigen

Digitized by Google

Kinder unter Anderm auch darauf gestützt, daß die Besprechung der Familienglieder behufs Fassung eines Entschlusses betreffend die Uebernahme der Handlung bedeutende Zeit erfordere, aus Act. 24 Nr. 1 hervorgeht, auch darüber, daß zu den Familiengliedern zunächst der Sohn (Ernst-Wieser), als einziger volljähriger Intestaterbe gehöre, ebenfalls kein Zweifel walten kann, — hieraus aber wenigstens so viel folgt, daß, wenn die Besprechung der Familienglieder darüber, ob man die Handlung übernehmen wolle oder nicht, noch bedeutende Zeit erforderte, ein Entschluß über Antritt der Erbschaft damals noch von Niemandem gefaßt war, mithin die sämmtlichen Erben sich freie Hand zu behalten beabsichtigten, — sodann in den Erwägungen nirgends gesagt wird, daß (was allerdings aus den Acten sich nicht ergeben würde) die Waisen-Commission jenen Grund gerade im Auftrage des Ernst-Wieser angeführt habe, vielmehr hiebei vorausgesetzt wird, die Commission werde diese von ihr selbst ausgegangene Begründung ihres Gesuches aus ihrer eigenen Kenntniß der Verhältnisse und der Gesinnung der Betheiligten geschöpft haben;

b) die von Ernst-Wieser zwischen dem Tode des Erblassers und dem von ihm gestellten Begehren um Gestattung des gerichtlichen Inventars vorgenommenen Handlungen und die Zeit, zu welcher sie vorgenommen wurden, in Erw. 5 des Urtheiles aufgezählt, also diese Thatsachen, so wie das Datum, unter dem der Erblasser starb, und dasjenige, unter welchem Ernst-Wieser das gerichtliche Inventar verlangte, in keiner Weise übersehen, vielmehr nur in einer von der Ansicht des Petenten abweichenden Weise gewürdigt worden sind;

c) ebenso die in Erw. 4 b erwähnte Thatsache nach Act. 24 Nr. 3 und Act. 44 durchaus feststeht, und wol mit Recht

Digitized by Google

anzunehmen ist, es habe Ernst-Wieser, als er jene Erklärung vor der Waisen-Commission abgab, damit sein Recht, die Erbschaft im Verfolge noch auszuschlagen, wahren wollen, in der Erwartung, es werde das Resultat der ganzen damaligen Verhandlung, also auch seine Erklärung, wie es denn wirklich geschehen ist, dem Bezirksgerichte mitgetheilt werden, — während die Annahme, es sei damals nicht mehr in Frage gekommen, ob Ernst-Wieser für sich die Erbschaft antreten, sondern nur noch, ob er es allein oder gemeinschaftlich mit der Wittwe thun wolle, auf der bloßen durch Nichts unterstützten Behauptung des Petenten beruht;

d) es unrichtig ist, wenn Petent sich darauf beruft, daß Ernst-Wieser nie versucht habe, die von der Waisen-Commission Namens der minderjährigen Erben erwirkte besondere Frist zur Erklärung über Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft für sich geltend zu machen, vielmehr aus der Eingabe der Waisen-Commission an das Bezirksgericht vom 21. April 1847 das Gegentheil hervorgeht, nämlich daß Ernst-Wieser damals sich vorbehalten habe, einen allfälligen Nichtantritt innerhalb der auf Ansuchen der Waisenbehörden gerichtlich anberaumten Frist directe beim Bezirksgerichte zu erklären, — ebenso aus seiner am 29. April an das Bezirksgericht gerichteten Einfrage, ob aus weiterem Schweigen über den 3. Mai (die angesetzte Frist) hinaus etwa ihm gegenüber auf Erbschaftsantritt geschlossen werden könnte;

e) davon keine Rede sein kann, daß die seit dem Tode des Erblassers geschehene Fortführung der Handlungsbücher durch Ernst-Wieser nicht beachtet worden sei, vielmehr das Gegentheil schon daraus hervorgeht, daß die Aufzählung der von letzterm vorgenommenen Handlungen, von denen in Frage kam, ob sie die Annahme des Erbschaftsantrittes begründen,

Digitized by Google

gerade den vorgelegenen beglaubigten Buchauszügen enthoben ist;

f) die klägerische Behauptung, Ernst-Wieser habe die sog. kleine Kasse (ein Hülfsbuch) unterschlagen, wol mit Recht nicht weiter berücksichtigt wurde, weil sie bestritten war, und in keiner Weise vorlag, daß diese kleine Kasse in der Hand des Herrn Ernst, Sohn, verloren gegangen sei, — übrigens gemäß einer nachträglichen Eingabe des Petenten vom 6. d. dieses Hülfsbuch nunmehr zum Vorschein gekommen sein soll, dessen beantragte Einforderung von Seite des Obergerichtes jedoch nicht als erforderlich erscheint, weil sich nicht einsehen läßt und auch nicht näher angeführt worden ist, was aus dem Inhalte desselben für den von dem Petenten behaupteten Erbschaftsantritt und die vorliegende Revisionsfrage folgen soll;

g) eine Expertise über die Art und Weise, wie derselbe die Bücher fortgeführt habe, für den Entscheid der Fragen, auf welche das zu revidirende Urtheil sich allein bezieht, als unerheblich sich darstellen müßte, indem darüber, daß Herr Ernst, Sohn, die in Erw. 5 des dießseitigen Urtheils bezeichneten Handlungen vorgenommen habe, nach seinem eigenen Zugeben kein Zweifel sein konnte, weitere und eingreifendere Handlungen desselben aber speciell nicht angeführt waren, während — sofern aus der Art seiner Buchführung den Klägern Schaden entstanden sein sollte, ihnen frei steht, hiefür den Herrn Ernst zu belangen nach Erw. 7 und Disp. 2 des zu revidirenden Urtheils;

h) endlich die Annahme, es sei die einstweilige Fortsetzung des täglichen Verkehrs von der Waisen-Commission bewilligt worden, nichts weniger als actenwidrig ist, indem dieselbe auf der wiederholten Erklärung des Anwaltes der beklagten Partei beruht, welcher als solcher nicht bloß den Ernst-Wieser, sondern auch dessen minderjährige Geschwister, denen allein

Digitized by Google

diese Thatsache hätte nachtheilig sein können, vertrat, — wozu zum Ueberflusse noch kommt, daß sogar der Petent selbst laut des Appellationsrecesses S. 10 anfänglich erklärt hat: „Die Waisenbehörden haben ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung zur Fortsetzung der Handlung gegeben, deßhalb blieb auch der Laden immer offen", wovon er dann freilich im Laufe der späteren Verhandlungen wieder abgegangen ist, — unter diesen Umständen aber die nachherigen, von den Waisenbehörden an den Regierungsrath dießfalls erstatteten Berichte, deren Einforderung zu den Acten der Petent in seiner nachträglichen Eingabe vom 6. d. beantragt, jedenfalls nicht geeignet sein könnten, eine Revision des dießseitigen Urtheils herbeizuführen; —

4) daß, wenn sodann der Petent wegen dieser Einwilligung der Waisenbehörden eventuell auch gegen die minderjährigen Geschwister Ernst Acceß zur Revision verlangt, diesem Begehren ebenfalls nicht zu entsprechen ist, weil die fragliche Thatsache bereits in Erw. 2 b des zu revidirenden Urtheils ihre zulängliche Würdigung gefunden hat, weitere Revisionsgründe gegenüber diesen Beklagten aber zur Zeit nicht angeführt worden sind; —

5) daß demnach bloß noch in Frage kommt, ob das nachträgliche, im besondern Interesse der Herren Gonthart u. Comp. in Frankfurt gestellte Revisionsbegehren sich rechtfertige, welches sich darauf stützt, daß die in der zweiten Rechtsfrage enthaltene Forderung dieser Creditoren bloß im Betrage von 339 fl. 19 ß. gutgeheißen worden sei, während dieselbe laut der Weisung 439 fl. 16 kr. R. V. oder 399 fl. 13 ß. Z. V. ausmache, — in dieser Beziehung nun aber aus dem Appellationsrecesse und den Acten nur so viel sich entnehmen läßt, daß zwar allerdings in der Weisung und beim ersten Vorstande vor Bezirksgericht (Appellationsrecess 5) für die Herren Gonthart u. Comp. eventuell die

Digitized by Google

zuletzt erwähnte Summe gefordert wurde als Kaufpreis für erst nach dem Tode des Erblassers eingegangene Waaren, über welche Herr Ernst-Wieser verfügt habe, — daß dann aber das Quantitativ der in der ersten Rechtsfrage enthaltenen Gesammtforderung der Herren Gonthart u. Comp. von 2784 fl. 6 kr. R. W., von welcher jene eventuell geforderten 439 fl 16 kr. R. W. einen Bestandtheil ausmachten, an den Beklagten bestritten und bloß im Betrage von 2180 fl. 39 kr. zugegeben wurde (Receß S. 17), und nun, nachdem den Klägern für den bestrittenen Theil ihrer Forderung der Beweis aufgelegt worden war (Receß S. 39), in dieser Beziehung die beidseitigen Anwälte sich außergerichtlich durch Vergleich dahin verständigt haben, daß die Forderung dieser Kläger (der Herren Gonthart u. Comp) im Betrage von 2219 fl. 17 kr. R. W., Werth 28. April 1847, anerkannt, auf die Mehrforderung dagegen Verzicht geleistet wurde (vide den Vergleich Act. 64 und die Erklärung des klägerischen Anwaltes auf S. 46 des Appellationsreceßes), — daß jedoch darüber, ob und welchen Einfluß die Reduction der Gesammtforderung auf den Betrag derjenigen, welche in der zweiten Rechtsfrage eventuell geltend gemacht wurde, ausgeübt habe, sichere Anhaltspunkte in den gegenwärtig vorliegenden Acten sich nicht finden, um beurtheilen zu können, ob der schon in der zweiten Rechtsfrage des erstinstanzlichen Urtheils auf 339 fl. 19 ß. herabgesetzte Betrag als der richtige zu betrachten sei, — unter diesen Umständen aber es sich rechtfertigt, mit Bezug auf den fraglichen Punkt den Acceß zur Revision zu gestatten :: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Es sei den Herren Gonthart u. Comp. Acceß zur Revision im Sinne der Erw. 5 ertheilt und das Präsidium eingeladen, zur Verhandlung der Revisionsfrage Tag anzusetzen; —

2. Sei im Uebrigen das Revisionsbegehren abgewiesen; —

Digitized by Google

3. Trage Petent die Ausfertigungskosten. (Civilpr. vom 16. Jan. 1849 i. S. Tavernier c. Ernst-Wieser.)

---

7. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Heinrich Spalinger, alt Seckelmeister, und Heinrich Wäspi, Gemeinderath, von Ossingen seien als Amtsbürgen des verstorbenen und in Concurs gerathenen Gemeindeammanns Heinrich Weidmann von Embrach von dem Recurrenten für 36 Fr. 50 Rp. Hundeabgabe nebst Provision betrieben worden, haben aber dagegen Rechtsvorschlag ausgewirkt und das Bezirksgerichtspräsidium Andelfingen durch Verfügung vom 11. December v. J. die nachgesuchte Rechtsöffnung verweigert, da die Angesprochenen folgende Einreden erheben:

1) Die Forderung sei nicht während derjenigen Amtsdauer des Weidmann (1843—1847) entstanden, für welche sie Bürgschaft geleistet haben;
2) der Bezug der Hundeabgabe sei kein Amts-, sondern ein Privatgeschäft desselben gewesen;
3) die Forderung sei untergegangen durch Nichtanmeldung im Weidmann'schen Concurse laut einer Publication im Amtsblatte Nr. 75 vom Jahre 1848; —

B. Hierüber beschwere sich Recurrent und erwidere auf die erhobenen Einreden Folgendes:

1) Der Bürgschaftsschein laute ganz allgemein und eine Beschränkung auf die betreffende Amtsdauer verstehe sich nicht von selbst;
2) es sei notorisch, daß der Bezug der Hundsabgabe den Gemeindeammännern als solchen obliege; zudem gehe dieß auch aus den Verordnungen des Finanzrathes hervor;
3) jene Publication der Notariatskanzlei Kloten enthalte keine Androhung; übrigens sei die fragliche Forderung wirklich im Weidmann'schen Concurse angemeldet worden; —

Digitized by Google

C. Der von den Angesprochenen unterzeichnete Bürgschaftsschein vom 13. Mai 1843 laute folgendermaßen:

„Wir Endsunterzeichnete erklären uns nach Vorschrift des Gesetzes vom 30. Mai 1831 über die Gemeindsverwaltung (§. 39) in Rücksicht der Verantwortlichkeit, welche durch dieses Gesetz den Gemeindeammännern auferlegt ist, für den Herrn Gemeindeammann Heinrich Weidmann in Embrach, Bezirks Bülach, Bürge zu sein. Wir übernehmen in dieser Eigenschaft die Verpflichtung, für alle dem benannten Herrn Gemeindeammann anzuvertrauenden Gelder und andere Gegenstände von Werth, so wie für pünktliche Besorgung des Rechtstriebes unbedingte Bürgschaft zu leisten, in der Meinung, daß wir in solidum mit wie für einander haften"; —

D. Die von der Notariatskanzlei Kloten unter dem 14. September v. J. erlassene Publication gehe dahin: „Es werden diejenigen Personen, welche an den verstorbenen Heinrich Weidmann von Embrach in seiner Eigenschaft als Gemeindeammann .... Forderungen zu machen haben, von dem über dessen Nachlaß eröffneten Concurs .... zu dem Ende hin benachrichtigt, daß sie ihre Rechte, sei es gegenüber der Concursmasse oder den Bürgen, wahren können"; —

E. In ihrer Beantwortung der Recursschrift wiederholen die Angesprochenen die nach Fact. A 1 u. 2 erhobenen Einwendungen, und fügen noch bei: Die Beschränkung der Bürgschaft auf die betreffende Amtsdauer werde auch von allen Bezirksräthen angenommen, indem nach jeder Erneuerungswahl neue Garantie verlangt werde; — sodann behaupten sie ferner:

1) Da Recurrent für die fragliche Forderung nicht sofort nach dem 16. Juli, gemäß §. 7 der Verordnung des Finanzrathes vom 6. April 1848, den Rechtstrieb angehoben habe, so sei durch dieses Versäumniß der Regreß auf sie (die Bürgen) untergegangen;
2) wenn die Forderung im Concurse auch wirklich angemeldet worden sei, so habe doch wenigstens der Recurrent sich den Regreß auf sie

Digitized by Google

(den Bürgen) nicht vorbehalten und ihnen keine Veranlassung zur Wahrung ihrer Rechte gegeben; —

F. Die von dem Finanzrathe unter dem 6. April v. J. erlassene Verordnung über den Bezug der Hundsabgabe enthalte unter Anderm folgende Bestimmungen:

„§ 2. Die Gemeindammänner sollen nach den ihnen zugestellten Verzeichnissen von jedem Abgabepflichtigen die Taxe von 2 Fr. . . . beziehen . . .", —

„§. 7. Die Gemeindammänner, welche bis zum 16. Heumonat den Betrag . . . . nicht an die Finanzkanzlei bezahlt haben, ... sollen durch den Rechtstrieb unverzüglich zur Einlieferung dieser Abgabe angehalten werden"; —

G. In seiner Berichterstattung unterstütze das Bezirksgerichtspräsidium Andelfingen die von den Angesprochenen aufgestellten Ansichten:: —

in Erwägung:

1) Daß darüber, daß der verstorbene Gemeindeammann Weidmann für nicht abgelieferten Betrag der Hundeabgabe 36 Fr. 50 Rp. dem Staate schuldig verblieben sei, so wie daß die beiden Recursen sich unter dem 13. Mai 1843 als dessen Amtsbürgen solidarisch verpflichtet haben, kein Streit obwaltet, und sich einzig fragt, ob die von letztern erhobenen Einreden, nämlich

a) daß ihre Bürgschaft mit Ablauf der ersten Amtsdauer des Weidmann erloschen sei und sie daher, da der Bezug der jetzt rückständigen Abgabe in die zweite Amtsdauer falle, für die in Rede stehende Forderung nicht mehr haften, —

b) daß der Bezug der Hundeabgabe nicht zu den amtlichen Verrichtungen der Gemeindeammänner gehöre und sich somit die Verbindlichkeit der Amtsbürgen nicht auf die fragliche Restanz beziehe, —

c) daß die Restanz von der betreffenden Staatsbeamtung von dem Gemeindeammanne nicht rechtzeitig und, wie die Bekannt-

Digitized by Google

machung des Finanzrathes vom 6. April 1848 Art. 7 es vorschreibe, eingetrieben worden sei und der Staat daher wegen dieser Versäumung, so wie darum seinen Rückgriff auf die Bürgen verwirkt habe, weil

d) von Seite des Staates im Concurse über die Verlassenschaft des Hauptschuldners der Regreß auf die Bürgen nicht vorbehalten und ihnen (den Bürgen) keine Gelegenheit, ihre Rechte zu wahren und sich ganz oder theilweise schadlos zu halten, gegeben worden sei (auf der früheren Behauptung, daß der Staat die Forderung selbst im Concurse nicht angemeldet, scheinen die Recursen gemäß Inhaltes ihrer Antwortschrift nicht zu beharren), —

als erheblich angesehen werden können; —

2) daß nun aber diese Frage zu verneinen, daher die Forderung an die Recursen als liquid und vollstreckungsfähig anzusehen ist, da

ad a) zwar richtig zu sein scheint, daß der fragliche Rückstand aus der zweiten Amtsdauer des Weidmann herrühre, und es auch wahr ist, daß nach Ablauf einer Amtsdauer die Wiedererwählung des Gemeindeammannes nicht die Bedeutung einer bloßen Bestätigung desselben in seiner bisher bekleideten Stelle, sondern diejenige einer neuen Besetzung des Amtes hat (vgl. §. 29 des Gesetzes über die Gemeindeverwaltung), hieraus aber das Erlöschen der Amtsbürgschaftsverpflichtung nur dann folgen würde, wenn entweder in dem Gesetze, welches dieselbe anordnet, bestimmt wäre, daß sie nur für die Amtsdauer, in welcher sie geleistet wurde, gelte, oder in dem betreffenden Bürgschaftsscheine selbst irgend Etwas enthalten sei, was auf die Beschränkung auf die laufende Amtsdauer hinwiese, — nun aber weder das Eine noch das Andere eintritt, indem weder der von der Amtsbürgschaft handelnde §. 39 des

Digitized by Google

citirten Gesetzes, noch der vom 13. Mai 1843 datirte Bürgschein der Recursen irgend eine solche Beschränkung auf eine Amtsdauer oder sonst eine bestimmte Zeit enthält, und namentlich der letztere so allgemein und unbedingt auf die Amtsverwaltung des Gemeindeammannes Weidmann überhaupt gerichtet ist, verbis: „erklären uns nach Vorschrift des Gesetzes vom 30. Mai 1831 .... §. 39 .... für den Hrn. Gemeindammann Heinrich Weidmann ... Bürgen zu sein. Wir übernehmen die Verpflichtung für alle dem benannten Hrn. Gemeindammann anzuvertrauenden Gelder u. s. w. unbedingte Bürgschäft zu leisten", — daß unbedenklich angenommen werden muß, es habe die Bürgschaft auf so lange, als er das Amt verwalte, wenigstens insoweit nicht ein Unterbruch durch eine in der Mitte liegende Bekleidung der Stelle durch einen Andern stattgefunden hat, geleistet werden sollen; — eine Ansicht, welche wesentlich auch durch das Gesetz vom 22. Christmonat 1840 über die Auslieferung gesetzlicher Cautionen unterstützt wird, indem hienach die Cautionen ein Jahr, nachdem „die Verwaltung ihr völliges Ende erreicht hat", ausgeliefert werden sollen, §. 2 lit. a, und in §. 3 des gleichen Gesetzes noch in besonderer Beziehung auf die Gemeindeammänner diese Ablieferungszeit noch deutlicher mit den Worten „von dem Zeitpunkte an, wo die Verrichtungen der betreffenden Personen aufgehört haben" bezeichnet ist, hieraus aber hervorgeht, daß nach der Ansicht des Gesetzgebers die Fortdauer der amtlichen Functionen und nicht die einzelnen Amtsdauern das Entscheidende für die Dauer der geleisteten Amtsbürgschaft ist, — und hiegegen sich auch nicht darauf

Digitized by Google

berufen werden kann, daß hie und da, mehr oder weniger allgemein, eine Erneuerung der Amtsbürgschaften bei jeder Wiedererwählung gefordert worden sei, da, gesetzt auch, es sollte dieß nicht in der Fassung der betreffenden Bürgschaftsscheine seinen Grund gehabt haben, die von diesem oder jenem Collegium beobachtete Vorsicht nicht die Folge haben kann, das auch ohnehin bestehende Recht als an die Beobachtung dieser besonderen Maßnahme geknüpft anzusehen; —

ad b) schon die von den Recursen selbst eingereichte Bekanntmachung des Finanzrathes zeigt, daß der Bezug der Hundeabgabe den Gemeindeammännern kraft ihrer Stelle übertragen werden kann, dieß aber, wenn eine solche Uebertragung nun wirklich, wie unbestrittenermaßen dem Gemeindeammanne Weidmann gegenüber geschah, erfolgt ist, vollkommen genügt, um diesem Bezuge den Charakter einer amtlichen Verrichtung desselben aufzudrücken, und darauf, daß es möglich gewesen wäre, sie einer andern Beamtung oder Bedienstung, wie z. B. einem Zeichenaustheiler, zuzuweisen, gar nichts ankommt; —

ad c) aus dem Art. 7 der Bekanntmachung vom 6. April 1848 sich zwar ergibt, daß die Finanzkanzlei das Recht gehabt hätte, den Gemeindeammann wegen seiner Restanz sofort mit dem Rechtstriebe zu belangen, aus der Nichtgeltendmachung dieser Befugniß aber ein Verlust des Rechtes gegen die Bürgen sowenig abgeleitet werden kann, als ein Privatgläubiger sein Recht an den Bürgen darum verliert, weil er nicht sofort bei Verfallzeit der Forderung den Hauptschuldner gerichtlich oder auf dem Wege der Betreibung zur Zahlung anhält; endlich

Digitized by Google

ad d) nicht weiter bestritten ist, daß der Staat seine Eingabe in den Concurs über die Weidmann'sche Verlassenschaft gemacht habe, und es ihm daher möglich sei, den Bürgen, wenn sie zahlen, seine Rechte auf die Masse (und daß etwa den Bürgen eine bessere Stelle in der Location zugekommen wäre, wird nicht einmal behauptet) zu cediren, während die in der Antwortschrift neu erhobene Einrede, insoweit sie darauf gerichtet ist, daß der Regreß gegen die Bürgen nicht vorbehalten worden sei, keine rechtliche Bedeutung hat, weil es eines solchen sich von selbst verstehenden Vorbehaltes nicht bedarf, sofern aber in ihr (der Einrede) ferner liegt, daß den Bürgen keine Anzeige von dem Concurse gemacht und ihnen darum keine Veranlassung, ihre Rechte zu wahren, gegeben worden sei, hierauf nur dann Etwas ankäme, wenn vorläge oder behauptet worden wäre, daß sie (die Bürgen) wirklich hiedurch Schaden erlitten haben, was aber nicht geschehen und um so weniger anzunehmen ist, als, wie bemerkt, auch jetzt noch dem Eintritte in die Rechte und die Stellung des Staates, mit Rücksicht darauf, daß sich nicht ergibt, daß der Concurs zu Ende gelangt sei, Nichts entgegensteht, übrigens die Recursen auch mit keinem Worte erwähnen, daß nach dem Stande der Activen irgend Etwas auf diejenige Klasse der Gläubiger, in welche sie mit ihrer (unversicherten) Bürgschaftsforderung oder der Staat mit seiner Ansprache gehört hätten oder gehört, gefallen sein würde:: —

durch Stimmenmehrheit,

gegenüber einem Antrage, die Sache auf den ordentlichen Civilweg zu weisen,

beschlossen:

Digitized by Google

1. Sei der Recurs begründet und daher dem Bezirksgerichtspräsidenten aufzutragen, die Rechte zu öffnen; —

2. Tragen die Recursen die Kosten. (Justizprot. vom 20. Jan. 1849, Nr. 2.)

---

8. Der Kläger verkauft an den Beklagten Liegenschaften; ein Theil des Kaufpreises wird bezahlt, hinsichtlich eines andern Theiles wird bestimmt: „750 fl. werden theils angewiesen, theils findet kaufschuldbriefliche Versicherung statt"; nun will Kläger (Verkäufer) dem Beklagten (Käufer) eine Einzinserei anweisen, Beklagter aber weigert sich dessen wegen der für ihn hiedurch entstehenden Gefahr.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß die Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer, wonach ein gewisser Betrag von Ersterm dem Letztern angewiesen wird, ohne nähere Verabredung darüber, auf welche einzelne Schuldverhältnisse des Verkäufers sich die Anweisung beziehen soll, nur den Sinn hat, daß statt der Zahlung an den Verkäufer der Käufer den Auftrag des Erstern annimmt, für ihn den Betrag an einen Dritten zu zahlen, oder in diesem Betrage an der Stelle des Verkäufers, als bisherigen Schuldners eines Dritten, neuer Debitor dieses Dritten zu werden, woraus folgt, daß vermöge einer solchen Vereinbarung der Käufer nicht verpflichtet ist, in solche Schuldverhältnisse des Verkäufers einzutreten, welche über jenen Betrag hinaus noch eine weiter gehende Haft involviren; —

2) daß zu solchen Schuldverhältnissen namentlich die Einzinsereien gehören, da bei denselben die Gesammtforderung von den Einzelnen zwar zunächst nur nach gewissen Raten, subsidiär aber, wenn von einem (oder mehreren) der Einzinser seine Rate nicht erhältlich ist, sei es wegen Insolvenz, sei es, weil er nicht belangt werden kann, ganz geschuldet wird, mithin der Käufer, wenn

Digitized by Google

die Anweisung des Betrages von Seite des Verkäufers als Rate in eine Einzinserei stattfände, die Gefahr liefe, über den zwischen ihm und dem Verkäufer vereinbarten Betrag hinaus noch für ein Mehreres haften zu müssen, sobald nämlich einer der Fälle, in denen die Subsidiärschuldnerschaft sich äußert, einträte; —

3) daß daher, sobald die Vereinbarung zwischen Kläger als Verkäufer und Beklagtem als Käufer nur dahin ging, 750 fl. werden theils vom Verkäufer angewiesen, theils findet kaufschuldbriefliche Versicherung statt, ohne weitere Verabredung darüber, auf welche einzelne Schuldverhältnisse des Verkäufers sich die Anweisung beziehen soll, der Beklagte nicht verpflichtet ist, für den Betrag von 750 fl. oder für einen Theil desselben die vom Kläger verlangte Anweisung in Einzinsereien von 2500 und 575 fl. anzunehmen; —

4) daß nun aber heute von Seite des Klägers der Beweis dafür ausdrücklich ist angeboten worden, daß beim Abschlusse des Kaufes dem Beklagten das Bestehen der fraglichen Einzinserei bekannt und er damit einverstanden gewesen sei, daß die Anweisung in dieselbe geschehe, mit welchem Beweisanerbieten der Kläger um so weniger ausgeschlossen werden kann, als bei den erstinstanzlichen Parteivorträgen nicht gehörig aus einander gehalten wurde, ob der Beklagte in eine Einzinserei angewiesen worden oder nicht, während es in der Pflicht des Gerichtes gelegen haben würde, diesen Punkt durch geeignetes Fragen aufzuhellen, da im vorliegenden Prozesse alles darauf ankommt, ob der Beklagte mit den speciellen Verhältnissen bekannt gewesen sei:: —

durch Stimmenmehrheit,

gegenüber einem Antrage auf heutigen Abspruch,

beschlossen:

1. Sei das Urtheil des Bezirksgerichtes Winterthur aufgehoben und seien die Acten an dasselbe zurückgewiesen, mit dem Auftrage, dem Kläger den Beweis dafür abzunehmen, daß bei den Kaufsunterhandlungen eine

Digitized by Google

Anweisung des Beklagten in die betreffende Einzinserei stattgefunden habe, resp. daß der Beklagte von dem Bestehen eines Einzinserverhältnisses Kenntniß erhalten habe oder darum habe wissen müssen; —

2. Seien die bisherigen erst- und zweitinstanzlichen Kosten einstweilen von den Parteien zu gleichen Theilen zu bezahlen. (Civilprot. vom 27. Jan. 1849 i. S. Bohli c. Stahel.)

---

9. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Unter dem 20. Juni v. J. sei der Verkauf zweier Grundstücke von Heinrich Gut, Sohn, in Rheinsfelden an Jacob Gut (den Recurrenten), Letzterer wegen Minderjährigkeit durch seinen Vater Heinrich Gut daselbst verbeiständet, notarialisch gefertigt und der Käufer als Einzinser in drei verschiedene Schuldbriefe verwiesen worden; —

B. Der Verkäufer Heinrich Gut, welcher auch nach diesem Kauf noch Einzinser in die fraglichen Schuldbriefe geblieben, sei sodann in Concurs gerathen, und die Notariatskanzlei Eglisau, welche dem Käufer Jacob Gut als Einzinser den ganzen Zug zugefertigt habe, verlange nun, daß dieser zur Uebernahme des Zuges angehalten werde; —

C. Das Bezirksgericht Bülach habe sodann dem Vater Heinrich Gut durch Beschluß vom 22. Dec. v. J. aufgegeben, binnen 10 Tagen Namens seines Sohnes Jacob Gut den Zugbrief in der Notariatskanzlei einzulösen und den Zug zu übernehmen, widrigenfalls der Gewerb auf seine Kosten weiter amtlich verwaltet würde und derselbe alle aus seiner Weigerung entstehenden Nachtheile zu tragen hätte; —

D. Gegen diesen Beschluß recurrire Heinrich Lee von Glattfelden als Vormund des Jacob Gut, und behaupte,

1) der Fact. A erwähnte Kauf sei ungültig, und es habe daher auch

Digitized by Google

der Bezirksrath Bülach laut Beschlusses vom 23. November v. J. gegen denselben protestirt, weil Jacob Gut, obschon noch minderjährig, nicht durch seinen Vater, sondern durch ihn (Lee) bevogtet sei, da dem Vater Heinrich Gut durch Beschluß des Bezirksrathes Bülach vom 10. October 1843 wegen Leichtsinnes und Verschwendung die natürliche Vormundschaft über seine Kinder entzogen worden sei; — eine öffentliche Bekanntmachung dieses Actes habe der Bezirksrath nicht für nöthig gehalten; überdieß habe sowol der Vater Gut als der Verkäufer Heinrich Gut das Bestehen der obrigkeitlichen Vormundschaft gekannt;

2) Jacob Gut sei eventuell nicht zum Zuge verpflichtet, sondern habe nur entweder die Kaufsbedingungen zu erfüllen oder die Kaufsobjecte abzutreten;

3) die Androhung des fraglichen Beschlusses sei keine zweckmäßige; —

E. Das Pfarramt Glattfelden bezeuge, daß Hs. Jacob Gut, Heinrichen Sohn, in Rheinsfelden am 2. November 1827 geboren sei; und aus einem Beschlusse des Bezirksrathes Bülach vom 10. October 1843 gehe hervor, daß für die Kinder des Heinrich Gut, älter, in Rheinsfelden, wegen Leichtsinnes und Verschwendung des Letztern ein obrigkeitlicher Vormund bestellt worden sei; ebenso bezeuge der Gemeinderath Glattfelden mittelst Attestates vom 22. v. M., daß gegenwärtig Heinrich Lee an der Steig Vormund des Jacob Gut sei; —

F. Das Bezirksgericht Bülach erkläre, daß es sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe:: —

in Erwägung:

1) Daß die Entscheidung der Frage, ob Jacob Gut Einzuser in die fraglichen drei Schuldbriefe geworden sei und daher im Concurse des Heinrich Gut als Miteinzuser dessen Antheil an den fraglichen Schulden zu übernehmen habe, unter Berechtigung zum Zuge der betreffenden Grundstücke (welche Entscheidung davon abhängt, ob der im Juni v. J. zwischen Heinrich Gut als

Digitized by Google

Verkäufer und Jacob Gut als Käufer stattgefundene Kauf für den letztern rechtsverbindlich sei) Gegenstand eines bloßen Beschlusses nicht sein kann; —

2) daß diese Frage im ordentlichen Verfahren durch Urtheil zu entscheiden ist und daher das Concursgericht vor Allem aus unter Mittheilung des Sachverhaltes den drei Schuldbriefgläubigern durch Special-Insinuation Frist anzusetzen hat, zur Erklärung, ob sie verlangen, daß Jacob Gut als Einzuser im Concurse des Heinrich Gut dessen Antheil an den fraglichen Schulden übernehmen müsse, in der Meinung, daß im Falle Stillschweigens angenommen würde, sie verlangen dieß nicht, worauf dann auch die Kaufsfertigung vom 20. Juni v. J. als ungültig erklärt und mithin die Kaufsobjecte in den Concurs des Heinrich Gut gezogen würden, während, sofern die betreffenden Gläubiger jenes Begehren stellen sollten, die Notariatskanzlei über die Streitfrage Weisung dem Concursgerichte zuzustellen hätte:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs theilweise begründet, der recurrirte Beschluß aufgehoben und das Bezirksgericht Bülach angewiesen, im Sinne der Erwägungen zu verfahren; —

2. Trage Jacob Gut die Ausfertigungsgebühren. (Justizprot. vom 17. Febr. 1849, Nr. 2.)

---

10. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. In einem Prozesse in Sachen des J. J. Stiefel von Wildberg, Klägers, gegen den Recurrenten, Beklagten, betreffend Kauf, sei vom dem Bezirksgerichte Pfäffikon als Appellationsinstanz durch Urtheil vom 23. December v. J. zu Gunsten des Klägers entschieden worden, und Recurrent habe hierauf um Revision dieses Urtheils nachgesucht,

Digitized by Google

indem das Gericht einen Augenschein hätte anordnen und die Zeugen auf dem Locale einvernehmen sollen, und weil dieses Urtheil unrichtig sei, da durch dasselbe ein gütlicher Vergleich gebrochen werde; —

B. Durch Beschluß vom 16. v. M. sei Recurrent mit diesem Gesuche abgewiesen worden, weil er jenes Beweismittel innerhalb der ihm zur Benennung von solchen angesetzten peremtorischen Frist nicht bezeichnet und hinsichtlich des Vergleiches die Parteien schon bei der ersten Verhandlung erklärt haben, daß über dasjenige Verhältniß, worauf derselbe sich beziehe, kein Streit obwalte; —

C. Gegen diesen Beschluß recurrire Hofmann, indem er theils die Unrichtigkeit jenes Urtheils darzuthun suche, da der benannte Vergleich und der von ihm geleistete Beweis nicht gehörig gewürdigt worden seien, theils für den ihm obgelegenen Beweis sich auf das Local berufe und neue Zeugen anbiete:: —

in Erwägung:

1) Daß zwar gegen einen Beschluß eines unteren Gerichtes, durch welchen Revision ist ertheilt oder verweigert worden, auch dann Recurs stattfindet, wenn das zu revidirende Urtheil in die nicht appellable Competenz des unteren Gerichtes fällt, dabei aber die Thätigkeit der Recursbehörde, abgesehen von allfälligen Beschwerden über das Verfahren selbst, sich darauf beschränkt, zu prüfen und zu entscheiden, ob die geltend gemachten Revisionsgründe nach Gesetz und Uebung die Kraft und Bedeutung von solchen haben und wirklich, beziehungsweise (bei Beschlüssen über bloßen Acceß zur Revision) möglicherweise, vorhanden seien, und ob daher durch die recurrirte Schlußnahme ein prozessualisches Recht einer Partei als verletzt erscheine oder nicht, wogegen Alles, was zur Prüfung und Würdigung des Materiellen, zur eigentlichen Rechtsprechung, gehört, der Recursbehörde fremd bleiben muß, weil sonst dadurch ein unstatthafter Einfluß auf die Ansichten des urtheilenden Gerichtes ausgeübt, ihre mit Bezug auf ihre rechtliche Ueberzeugung

Digitized by Google

von der Oberbehörde unabhängige Stellung gefährdet, beziehungsweise sogar mittelbar in die gesetzlichen Competenzbestimmungen eingegriffen würde; —

2) daß Recurrent, nachdem sein Revisionsgesuch theils auf angeblich mangelhafte Beweisabnahme von Seite des Bezirksgerichtes, theils auf Unrichtigkeit der Entscheidungsgründe und des Dispositives des zu revidirenden Urtheils gestützt war, nunmehr seine Beschwerde über den in Frage stehenden Beschluß, in welchem sein Gesuch als factisch und rechtlich unbegründet dargestellt ist, einzig dadurch rechtfertigen will, daß er die Unrichtigkeit der Begründung jenes Urtheils nachzuweisen versucht und weiteren Beweis für die der Klage entgegengesetzten Einreden anbietet; —

3) daß aber diese Begründung des Recurses in Hinsicht auf den oben in Erw. 1 enthaltenen Grundsatz keineswegs geeignet ist, die Beschwerde zu rechtfertigen:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet und demnach Recurrent abgewiesen; —

2. Trage Recurrent die Kosten. (Justizprot. vom 1. Febr. 1849, Nr. 3.)

---

11. Wylemann kauft von dem Wiesenbanger Liegenschaften und verkauft sie seiner Seits an den Etzensperger. Wiesenbanger geräth in den Concurs, wobei es sich zeigt, daß gewisse Vorstände, welche hätten abgelöst werden sollen, noch auf jenen Liegenschaften haften, so daß Etzensperger geschreit wird. Es entsteht zwischen diesem und dem Wylemann Prozeß, worauf in Folge obergerichtlichen Urtheils erkannt wird, es sei Wylemann schuldig, an den Etzensperger dessen Forderung zu bezahlen, wogegen er das Recht habe, in dem Concurse des Wiesenbanger in die Rechte zu succediren, welche dem Wylemann in

Digitized by Google

dem Concurse des Wiesenbanger zustehen. Nun geräth auch Wylemann in den Concurs. Da Etzensperger vorläufig in dem Concurse des Wiesenbanger das Privilegium der Geschreiten in Anspruch genommen und sich zum Zuge erklärt hatte, so wollen nun die Creditoren des Wylemann in seine Rechte succediren, allein die Creditoren des Wiesenbanger widersetzen sich und es entsteht zwischen den beiden Creditorschaften Prozeß. Bei der Verhandlung vor dem Obergerichte tritt Etzensperger als Prinzipal-Intervenient auf, eventuell als accessorischer Intervenient, gegründet darauf, daß man bis nach Beendigung des Wylemann'schen Concurses gar nicht wissen könne, ob er für seine Forderung irgend Etwas erhalte, sofern er aber in diesem Concurse zu Verlust käme, nur ihm das Recht zustehen würde, in dem Wiesenbanger'schen Concurse den Zug zu thun, allein beide Parteien widersetzen sich dem Begehren um Principal-Intervention.

Das Obergericht hat hierauf

in Erwägung:

1) Daß die Art der Principal-Intervention, durch welche ein besonderes forum interventionis begründet wird, so zwar, daß der Intervenient berechtigt ist, bei dem nämlichen Gerichte, vor welchem die betreffende Streitsache schwebt, sofort Verhandlungen gegen die Litiganten einzuleiten, unserm Rechte fremd ist, namentlich derselben §. 8 des Gesetzes über die bürgerliche Rechtspflege entgegensteht, wonach alle Civilstreitigkeiten (mit Ausnahme der Paternitäts- und Ehesachen und der Auffallspendenzen), ehe sie vor den Richter gebracht werden können, vor den Friedensrichter gelangen sollen; —

2) daß übrigens, wie sich von selbst versteht, das in Sachen der gegenwärtigen Litiganten auszufällende Urtheil als eine res inter alios acta dem Etzensperger gegenüber kein Recht machen kann, sondern ihm frei stehen muß, im Laufe des vorliegenden Prozesses die eine oder andere oder beide Parteien vor dem

Digitized by Google

Friedensrichteramte zu belangen und bei dem zuständigen Gerichte mit dem Gesuche einzukommen, daß der gegenwärtig obwaltende Prozeß bis zur Beendigung des von ihm (Etzensperger) anhängig zu machenden stillirt werde; —

3) daß endlich dem eventuellen Begehren des Etzensperger, daß ihm gestattet werde, bei den heutigen Verhandlungen als accessorischer Intervenient auf Seite des Klägers zu treten, Nichts entgegensteht, da von Seite der Litiganten Nichts dagegen eingewendet worden und ein anderweitiger Grund, demselben nicht zu entsprechen, nicht vorhanden ist:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei Etzensperger mit dem Begehren, daß ihm gestattet werde, heute als Principal-Intervenient (in dem in Erw. 1 bezeichneten Sinne) den Litiganten gegenüber aufzutreten, abgewiesen und ihm überlassen, im Sinne der Erw. 2 zu verfahren; —

2. Sei ihm dagegen gestattet, heute als accessorischer Intervenient der Kläger aufzutreten:: —

und hat sodann in fernerer

Erwägung:

1) Daß das bezirksgerichtliche Urtheil, welches sich darauf gründet, es habe Etzensperger sich in dem Wiesenbanger'schen Concurse nur auf den Fall, daß er den Prozeß gegen den Wylemann gewinne, zum Zuge erklärt, auf Irrthum beruht, indem Act. 6 ganz anders, nämlich dahin lautet, er (Etzensperger) erkläre sich auf den Fall zum Zuge, daß seine 2700 fl. betragende Forderung an den Abraham Wylemann gar nicht oder nur theilweise erhältlich sei; —

2) daß unter diesen Umständen keinem Zweifel unterliegen kann, daß Etzensperger, wenn er in dem Wylemann'schen Concurse gänzlich zu Verlust kommt, zum Zuge in dem Wiesenbanger'schen Concurse berechtigt ist, und daß, sofern Etzensperger

Digitized by Google

im Wylemann'schen Concurse ganz oder wenigstens theilweise befriedigt wird, allerdings auf die Frage eingetreten werden muß, ob und inwiefern die Kläger berechtigt seien, in dem Wiesenbanger'schen Concurse in die Rechte des Etzensperger zu treten; —

3) daß nun für die Beantwortung dieser Frage das Urtheil, welches das Obergericht in Sachen Etzensperger und Wylemann erlassen hat und auf welches allein die Kläger ihr Begehren gründen, entscheidend sein muß, mithin, da es sich nicht bei den Acten befindet und den Klägern eine peremtorische Frist für die Beibringung desselben nie anberaumt worden ist, Rückweisung zu diesem Behufe stattfinden muß; —

4) daß übrigens, wie schon in Erw. 2 gezeigt worden, auf die Frage, ob die Kläger berechtigt seien, in dem Wiesenbanger'schen Concurse in die Rechte des Etzensperger zu treten, nur dann einzugehen ist, wenn er (Etzensperger) in dem Wylemann'schen Concurse ganz oder wenigstens theilweise befriedigt wird, somit das Begehren der Beklagten, daß der vorliegende Prozeß bis nach Erledigung des Wylemann'schen Concurses sistirt werde (womit auch die Kläger und Etzensperger einverstanden sind), als angemessen erscheint:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei das Urtheil des Bezirksgerichtes Winterthur aufgehoben und seien die Acten an dasselbe zurückgewiesen, mit dem Auftrage, den Klägern aufzugeben, das in Erw. 3 bezeichnete Urtheil des Obergerichtes zu den Acten zu bringen, sowol hierüber als über weitere factische Behauptungen, sofern sie erheblich sind, Parteiverhandlungen eintreten zu lassen und sodann ein neues Urtheil auszufällen, in der Meinung jedoch, daß einstweilen der Prozeß sistirt und erst nach Beendigung des Wylemann'schen Concurses die Verhandlungen wieder aufgenommen werden; —

Digitized by Google

2. Sollen die bisher erlaufenen Procesßkosten einstweilen von beiden Parteien zu gleichen Theilen getragen werden. (Civilprot. vom 3. Februar 1849 i. S. Wylemann'sche Creditoren c. Wiesendanger'sche Creditoren.)

---

12. Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß, was vorerst das Formelle betrifft, eine Aufhebung des Verfahrens oder auch nur eine Trennung der Klagen wegen angeblicher unzulässiger Klagenhäufung um so weniger nothwendig oder zweckmäßig erschiene, als, wenn auch die verschiedenen Verhältnisse der Kläger oder der Beklagten einen verschiedenen Erfolg hinsichtlich der einzelnen Mitkläger oder Mitbeklagten herbeiführen sollten, die Acten doch mit Bezug auf alle vollständig erscheinen und kein Hinderniß vorhanden ist, in dem Urtheile auf die allfällige Verschiedenheit der Stellung und Rechte der einzelnen streitenden Personen zureichende Rücksicht zu nehmen, — wie denn auch ferner die von den Beklagten den zweiten und dritten Klägern (Egli und Geschwister Honegger) entgegengesetzte Einrede der mangelnden Sachrechtfertigung aus Gründen, die sich bei Würdigung des Materiellen ergeben werden, in der Hauptsache für begründet nicht angesehen werden kann; —

2) daß hinsichtlich des Materiellen zwar die sämmtlichen Kläger durch die Beklagten sich dadurch verletzt glauben, daß beide letztere durch die Veränderung des Laufes des Grabens, welcher bei dem im Grundrisse mit D bezeichneten Punkte aus dem sog. Gießenbach abgeleitet wird, und sodann der zweite Beklagte (König) noch weiter durch die angeblich früher und bis anhin nicht stattgefundene Fortführung dieses Grabens bis zu dem Punkte C des Grundrisses (auf eine noch weitere Fortsetzung hat König schon vor erster Instanz ausdrücklich verzichtet) die ihnen (den Klägern) zustehenden

Digitized by Google

Wässerungsrechte schmälere, wie denn auch das Rechtsbegehren Aller gemeinschaftlich dahin geht, daß, soweit die beabsichtigte Fortführung des Grabens noch nicht in's Werk gesetzt ist, dieselbe dem zweiten Beklagten untersagt, soweit aber der neue Graben bereits vorhanden ist, beiden Beklagten, jedem, soweit es ihn betrifft, die Wiederzuwerfung zur Pflicht gemacht werde, — wogegen die Begründung des Klagbegehrens insoweit verschieden ist und aus einander gehalten werden muß, als die behauptete Rechtsverletzung gestützt wird, theils

A) im Allgemeinen auf das jedem der Kläger zustehende Recht, sein am Gießenbache liegendes Riet aus demselben zu bewässern, und die Behauptung, es werde durch die neue Richtung, resp. Verlängerung, des oben erwähnten Grabens dem Gießenbache so viel Wasser entzogen, daß diese Wässerung nicht mehr, wie bisher, stattfinden könne, theils

B) speciell auf eine durch den am 1. November 1825 geschlossenen und am 10. April 1830 gefertigten Kaufvertrag (Act. 5) zunächst zu Gunsten des jetzt Mugglischen Rietes constituirte Servitut auf das (wenigstens größtentheils, wo nicht ganz ebenfalls aus dem Gießenbache herrührende) Abwasser des damals Weber'schen, jetzt König'schen Rietes; —

3) daß nun ad A, wenn die Beklagten und namentlich der erste (Huber) die Klage schon darum für unbegründet erklärt wissen wollen, weil ihnen mit Rücksicht darauf, daß „das Wasser auf ihren (über ihre) Grundstücke fließe", Eigenthum an demselben zustehe, sie dasselbe daher beliebig benutzen (somit wol auch allfällig consumiren) dürfen und die untern Anstößer, insoweit sie nicht einen besondern Erwerbstitel nachzuweisen vermögen, bloß die Pflicht haben, etwa ablaufendes Wasser aufzunehmen, wobei es bloß zufällig sei, wenn diese Verpflichtung ihnen bis anhin auch etwaigen Nutzen gewährt habe, sie vor Allem aus darzuthun

Digitized by Google

gehabt hätten, daß ihnen wirklich Eigenthum an dem Gießenbache zustehe, dieß nun aber aus dem einzig hiefür angeführten Momente, daß er über ihr Eigenthum fließe, um so weniger hervorgeht, als dieser Bach nicht etwa bloß Abfluß von auf ihrem Eigenthume entspringendem Quellwasser ist, sondern von weiter herkommt, und durch verschiedene, nicht im beklagtischen Grundstücke ihren Ursprung findende Zuflüsse gebildet wird (vgl. Vortrag der Beklagten vom 10. December 1846, Appellationsrecess S. 13, verbis: „Der Gießenbach, welcher das Wasser im Umfange von circa einer Stunde ausschließlich sammelt" u. s. w.); —

4) daß vielmehr mit Rücksicht auf die eben erwähnte Eigenschaft des in Rede stehenden Baches davon auszugehen ist, daß im Zweifel und bis etwa Anderes nachgewiesen ist, die Inhaber der daran anstoßenden Grundstücke bezüglich auf die Benutzung des Wassers in einer solchen Gemeinschaft zu einander stehen, daß die Verfügung des Einen über das Wasser in Art und Maß ihre Beschränkung in der hergebrachten Benutzung der Andern findet, und daher, obgleich an sich eine bessere und ihm dienlichere und nützlichere Zunutzeziehung, sei es auch mittelst einer innerhalb der Grenzen seines Grundstückes bewirkten Veränderung des Laufes u. dgl., Keinem verwehrt ist, doch dieß nur insoweit als zulässig angesehen werden kann, als dadurch die bisherige Benutzung der Uebrigen nicht beeinträchtigt und ihnen somit durch die Veränderung kein Schaden zugefügt wird; —

5) daß, da nun die sämmtlichen Kläger, wie theils nicht in Abrede gestellt wird, theils aus den in der bezirksgerichtlichen Localbeschreibung (Appellationsrecess S. 21 f.) erwähnten Schwellanstalten und Abzugsgraben sich ergibt, bisanhin ihre Rieter, von denen das Muggli'sche an dasjenige des zweiten Beklagten (König), das Egli'sche an dasjenige des ersten Klägers (Muggli) und das Honegger'sche an das des zweiten Klägers

(Egli) anstößt, bewässert haben, sie (die sämmtlichen Kläger), insofern sie sich über eine durch die von den Beklagten theils vorgenommene, theils beabsichtigte Neuerung entstehende Verminderung des zu ihrem Wässerungsbedarf erforderlichen Wassergehaltes des Gießenbaches beschweren, zur Sache legitimirt und, soweit sie diese Verminderung des ihnen nöthigen und bisher wirklich benutzten Wassers nachweisen, als in ihrem Begehren begründet erscheinen, daher es sich jetzt fragt, ob und in welchem Maße ein solcher aus der erwähnten Neuerung entstandener oder zu befürchtender Entzug der den Klägern nöthigen und von ihnen bisher benutzten Wassermenge nach den Acten sich als hergestellt ansehen lasse; —

6) daß nun freilich es an einer genauern Ermittelung theils des Wassergehaltes des Gießenbaches, theils des den Klägern nöthigen und bisher von ihnen benutzten Wasserbezuges, theils endlich des Verhältnisses der Wassermenge, welche dem Gießenbache durch den neuen, bis zu lit. C des Grundrisses fortgeführten Graben entzogen würde, zu derjenigen, welche schon vorher durch den alten Graben ist abgeleitet worden, so wie auch des Einflusses der allfällig vermehrten Abführung auf die Befriedigung des Wasserbedürfnisses der Kläger, mangelt; —

7) daß es indeß doch an einem, wenigstens nothdürftig zureichenden Anhaltspunkte zu Beantwortung der in Erw. 5 a. E. erwähnten Frage nicht fehlt, indem, wenn berücksichtigt wird,

a) daß Kläger behaupten und Beklagte nicht bestreiten, es haben erstere bisanhin hinlängliches Wasser zu Wässerung ihrer Grundstücke bezogen, —

b) daß dieser Bezug verhältnißmäßig ziemlich bedeutend gewesen sein muß mit Rücksicht theils auf die nicht unbeträchtliche Größe der klägerischen Grundstücke, auch wenn nicht das von den Klägern behauptete Maß (14 Jucharten), sondern nur das

Digitized by Google

beklagterseits zugegebene (circa 7 Jucharten) angenommen wird, theils auf die Beschaffenheit und Culturart dieser Grundstücke (Riet), welche bekanntermaßen mehr Wasser als zu Wiesen angelegtes Land erfordert, endlich

c) daß der regelmäßige Wassergehalt des Gießenbaches nicht groß zu sein scheint, wie die Litiganten denn auch vom „Gießenbächlein" sprechen, und ebenso das Bezirksgericht in seinem Localbefunde sich stets des Ausdruckes „Bächchen" bedient, wobei die beigefügte Bemerkung, es sei für gegenwärtig (zur Zeit des Augenscheines) verhältnißmäßig viel Wasser vorhanden, — der Annahme, daß dieß nicht der gewohnte Zustand sei, darum nicht entgegensteht, weil die Parteien (Appellationsreceß S. 24 u. 29) darüber einig sind, daß es in der Nacht vor dem Augenscheine geregnet habe, —

wol unbedenklich davon ausgegangen werden kann, es müsse sich auch eine an sich nicht beträchtliche Vermehrung der Ableitung von Wasser bei dem oberhalb der klägerischen Grundstücke in demjenigen des ersten Beklagten liegenden Punkte D des Grundrisses für die Kläger um so gewisser auf nachtheilige Weise spürbar machen, als nach der Richtung des Grabens das durch denselben abgehende Wasser nur zu einem geringen Theile oder gar nicht mehr in den Gießenbach, wenigstens ehe er die Grundstücke der Kläger erreicht, zurückfließt, — und daher nur noch zu untersuchen ist, ob und inwiefern durch die ausgeführte oder beabsichtigte Neuerung die Wasserableitung aus dem Gießenbache wirklich in größerm Maße stattfinde und, wenn ja, ob sie durch die Veränderungen auf den Grundstücken beider oder bloß eines Beklagten bewirkt werde; —

8) daß aber eine Vermehrung des Entzuges von Wasser aus dem Gießenbache zum Nachtheile der untern Anstößer hervorgebracht sein, resp. werden kann, entweder

a) durch Erweiterung des von alten Zeiten her bestandenen und

Digitized by Google

bei lit. D des Grundrisses beginnenden Abzuggrabens aus dem Gießenbache in Tiefe und Breite, oder

b) durch Abänderung seiner Richtung, insoweit dadurch künftig in den Gießenbach bis zu dem Punkte, wo er die klägerischen Grundstücke erreicht, weniger Wasser mehr zurückfließt, als bisanhin, oder endlich

c) durch die Verlängerung des Grabens, insofern dadurch wegen Bewässerung einer größern Strecke Landes der Beklagten mehr Wasser als bisher consumirt oder wie sub b wegen Hinführung des Wassers auf einen Punkt, wo es nicht mehr in den Gießenbach zurückfließt, mehr Wasser als bisher dauernd abgeführt wird; —

9) daß nun

ad a) Kläger einen Beweis dafür, daß der jetzige Graben, soweit er neu ist, tiefer und breiter sei als der alte und der von jeher bestandene Theil desselben von der Schleuße bei D des Grundrisses bis zu dem gemäß Inhaltes der bezirksgerichtlichen Localbeschreibung circa 20 Schritte entfernten Punkte, wo die Spuren der frühern, nun verfüllten Fortsetzung beginnen, oder daß diese von jeher bestandene, circa 20 Schritte lange Grabenstrecke selbst erweitert oder vertieft worden wäre, nicht geleistet, ja nicht einmal angetreten haben; —

ad b) zwar feststeht, daß der Graben einen etwas geradern Lauf erhalten hat, eine veränderte Richtung aber nicht, vielmehr das Gegentheil, nämlich so viel dargethan ist, daß auch schon früher ein Graben in der Richtung des jetzt streitigen und zwar meist nur ganz wenige (vielleicht 2 bis 3) Fuße von dem jetzigen entfernt bestanden hat, indem sich dieses ergibt

α) aus den Aussagen der Zeugen R. Diener, Vater,

Digitized by Google

Heinrich Ruegg, Joh. Schönenberger, R. Hürlimann, womit dann auch die, freilich unbestimmtern, des Heinrich Frymann, Caspar Stahel (am Ende seiner Antw. 1 und in Antw. 2), Caspar Fierz, Heinrich Rümmeli übereinzustimmen scheinen und wogegen diejenigen anderer Zeugen, welche theils von diesem Graben Nichts bemerkt haben wollen, theils (wie namentlich Jacob Maurer, Vater, Jacob Bickel, Seckelmeister Huber und Jacob Huber) sein Dasein verneinen, nicht in Betracht kommen können, weil die Mangelhaftigkeit ihrer Beobachtungen und die Richtigkeit der Angaben der ersterwähnten Zeugen sich herausstellt, —

β) aus den sowol von dem Bezirksgerichte selbst bei der Localbesichtigung (Appellationsreceß S. 23 f.) als von dem Sachverständigen, Herrn Forstmeister Hertenstein, Act. 29, ermittelten und auf dem Grundrisse, Act. 16, angezeichneten Spuren dieses frühern Grabens, —

und hiegegen auch nicht spricht das aus Zeugenaussagen (des Jacob Maurer, Vater, Jacob Bickel, Seckelmeister Huber ꝛc.) hervorgehende, so wie durch den bezirksgerichtlichen Augenschein und die Beobachtungen des Sachverständigen unterstützte frühere Vorhandensein eines südlicher gelegenen und nicht in das jetzt König'sche Riet hinüberreichenden, von dem Punkte G nach E des Grundrisses oder, wie einzelne Zeugen glaubten, von R nach S gehenden Grabens, indem dieser letztere offenbar neben dem von G in der Richtung nach B sich hinziehenden bestanden hatte, und wol bloß eine Abzweigung

Digitized by Google

dieſes letztern geweſen war, wie denn auch mehrere Zeugen, z. B. Jacob Huber, Jacob Diener, Vater, Johannes Schönenberger, Rudolf Hürlimann, ein ſolches gleichzeitiges Beſtehen mehrerer Graben angeben, meiſtens aber mit dem Beifügen, daß der nördliche (von G gegen B) der Haupt- oder größere Graben geweſen, welch' letztere Anſicht auch in Folge des Augenſcheines von dem Bezirksgerichte (Appellationsreceß S. 23) getheilt wird, während freilich der Sachverſtändige ſich darüber, welcher dieſer mehreren Graben der Hauptgraben geweſen ſei, nicht auszuſprechen wagt (Act. 29), — endlich

ad c) die Verlängerung des Grabens anbetreffend, nach den Ausſagen mehrerer der oben erwähnten Zeugen, verbunden mit den Beobachtungen des Bezirksgerichtes ſelbſt und des Sachverſtändigen, angenommen werden muß, daß auch früher ſchon der nördliche Graben bis zu Punkt B des Grundriſſes gereicht habe, wogegen ein Beweis für die Fortſetzung desſelben bis zum Punkte C oder überhaupt nur über den Punkt B hinaus nicht als hergeſtellt angeſehen werden kann, indem den Angaben der einzig ſich hierüber ausſprechenden Zeugen Diener, Vater, und Schönenberger der Umſtand, daß ſich Spuren des Grabens bis zum Punkte B finden und die übrigen ſonſt hinſichtlich der Richtung mit ihnen übereinſtimmenden Zeugen von einer ſolchen Länge des Grabens nichts wiſſen, entgegenſteht; —

10) daß, wenn nun aber ſchon früher der Graben ſich bis zu B, jedoch nicht weiter erſtreckt hat, hieraus nach dem oben Angeführten folgt, daß in der Ziehung desſelben bis zum Punkte B eine das Recht der Kläger verletzende Neuerung nicht liegen kann, wogegen ſie

Digitized by Google

gefunden werden muß in der Weiterziehung über dieſen Punkt hinaus gegen Punkt C hin, indem dadurch ein größerer Waſſerverbrauch als bisher, und zwar ein ſolcher, der ſich nach den Verhältniſſen des Baches zum Nachtheile der Kläger ſpürbar machen würde (Erw. 7), entſtände; —

11) daß, weil nun aber der Punkt B ziemlich weit über das Grundſtück des erſten Beklagten (Huber) hinaus in demjenigen des zweiten Beklagten (König) liegt und auch die Strecke von B bis C ſich lediglich auf dem Eigenthume des letzteren befindet, die Klage, ſoweit ſie ſich auf den erſten sub a erwähnten und bisher allein gewürdigten Klagegrund bezieht, gegen den erſten Beklagten überall nicht, gegen den zweiten (König) aber bloß zum Theil als begründet angeſehen werden kann; —

12) daß ſodann ad B der zweite Klagegrund (vgl. Erw. 2), welcher nicht von der Verminderung des Waſſers des Gießenbaches und der daherigen Beeinträchtigung des Rechtes der Kläger, ihre Grundſtücke wie bisher aus dem Gießenbache zu wäſſern, hergenommen, ſondern darauf geſtützt iſt, daß dem Muggliſchen Riete überhaupt das Recht auf das Abwaſſer des König'ſchen Rietes zuſtehe, ſich bloß auf das Verhältniß des erſten Klägers (Muggli) zu dem zweiten Beklagten (König) bezieht, indem der Kaufvertrag von 1825, bei deſſen Abſchluß die Servitut des damals Weber'ſchen, jetzt König'ſchen Rietes zu Gunſten des Muggliſchen iſt conſtituirt worden, bloß zwiſchen dem Weber, Rechtsvorfahren des König, und dem jetzigen erſten Kläger abgeſchloſſen wurde, ohne daß die übrigen Litiganten daran irgend Theil genommen und die Servitut auf ihre Grundſtücke gelegt, reſp. für ihre Grundſtücke erworben haben, daher denn, geſetzt auch, es ſollte der zweite und dritte Kläger aus dem durch das fragliche König'ſche Abwaſſer vermehrten Waſſerzufluß auf das ihren Nietern benachbarte Muggli'ſche Riet factiſch einen Vortheil bis-

Digitized by Google

anhin genossen haben, doch dieses sie in kein Rechtsverhältniß zu dem jeweiligen Inhaber der nicht ihren Miethern, sondern bloß dem Muggli'schen dienenden, Köng'schen Grundstücke bringt, und ebenso eine dießfällige Belastung des Köng'schen Grundstückes das Huber'sche auf keine Weise berührt, — daher denn mit Bezug auf den zweiten Klagegrund es dem zweiten und dritten Kläger (Egli und Geschwister Honegger) an der activen, dem ersten Beklagten (Huber) aber an der passiven Sachrechtfertigung gebricht; —

13) daß, was nun aber das Verhältniß des Muggli zu Köng anbetrifft, zwar nach Act. 5 feststeht, daß Köng das „Abwasser", also, da dieser Ausdruck ein ganz allgemeiner und unbeschränkter ist, alles Abwasser aus dem dienenden Grundstücke, beziehe das letztere sein Wasser woher immer, dem Muggli'schen Miethe zukommen lassen muß, indessen hieraus im vorliegenden Falle gegen die Befugniß des Köng, den in Streit liegenden Graben wenigstens bis B zu ziehen, Nichts folgt, weil unter „Abwasser", wo von der Wässerung eines Grundstückes die Rede ist, doch im Zweifel nur das Wasser verstanden werden kann, dessen das betreffende Grundstück zu seiner gehörigen Wässerung nicht mehr bedarf, wobei, da in der Bestellung einer solchen Servitut ein Verzicht auf zweckdienliche Bewässerung des eigenen Landes nicht liegt; darauf, daß etwa früher die Wässerung weniger gut oder nicht für alle Theile des dienenden Grundstückes stattgefunden hat, Nichts ankommt, sobald nur der Inhaber desselben das übrig bleibende Wasser nicht zu einem andern Zwecke oder, wenn zwar auch für den gleichen Zweck, doch für anderes Land verwendet oder es durch veränderte Richtung der Wässerungsanstalten dem herrschenden Grundstücke zuzufließen hindert, was Alles im vorliegenden Falle nicht nachgewiesen ist, indem namentlich die letztere Voraussetzung, an die noch am ehesten gedacht

Digitized by Google

werden könnte, um so weniger als vorhanden angesehen werden kann, als, gesetzt auch, es sollte vermöge der Localitätsverhältnisse das durch den streitigen Graben bis B geleitete Wasser von hier aus dem Mugglischen Riete nicht mehr zufließen können, doch dieß schon darum ohne rechtliche Bedeutung ist, weil nach dem Obigen die Richtung des Grabens nach dem Punkte B und die Fortführung desselben bis dahin als etwas Neues nicht erscheint, — und wenn man darauf Gewicht legen wollte, daß es doch früher in dem Huber'schen Grundstücke einen, sei es nun Haupt- oder Nebengraben, welcher eine mehr südliche Richtung nach E oder S des Grundrisses gehabt, gegeben habe, von wo aus das Wasser eher in das König'sche und von diesem in das Mugglische Riet habe gelangen können, dieß sich als unerheblich darstellt, weil, abgesehen davon, daß dieser ehemalige Graben GE oder RS nach der eigenen Behauptung der Kläger und den Angaben mehrerer, von ihnen selbst producirten Zeugen sich nicht bis zum König'schen Riete erstreckte, sondern mehrere Klafter innerhalb des Huber'schen Rietes endigte und somit ein directer und bedeutender Wasserzufluß von diesem Graben her für das König'sche und von diesem her für das Mugglische Riet kaum stattgefunden haben kann, jedenfalls der Fortbestand dieses bloß dem Huber zuständigen und zu Wässerung seines Landes dienenden Grabens Etwas war, worauf dem Muggli kein Recht zustand, da nicht auf dem Huber'schen, sondern nur auf dem König'schen Riete die Servitut des Abwassers zu Gunsten des Mugglischen Rietes besteht; —

14) daß nach allem Bisherigen die Klage aller Kläger dem Ersten Beklagten (Huber) gegenüber ganz unbegründet, gegen den zweiten Beklagten (König) aber nur insofern begründet ist, als dem letztern die Weiterführung des Grabens über den Punkt B hinaus zu untersagen, resp. derselbe für schuldig zu erklären ist, den über den gedachten Punkt hinaus schon geöffneten Graben unverzüglich wieder zuzuwerfen; —

Digitized by Google

15) daß sich in der Hauptsache nach diesem Erfolge der Klage auch die Kostenvertheilung richten muß, jedoch darauf Rücksicht zu nehmen ist, daß die beiden Beklagten durch ihre ganz unbegründete Einrede gegen die Competenz des Bezirksgerichtes und die damit verbundene, nicht nur zweckwidrige, sondern muthwillige Weigerung, sich wenigstens eventuell einzulassen, einen unnützen Vorstand vor Bezirksgericht und dadurch den Klägern Kosten und Umtriebe veranlaß haben :: —

mit Einmuth gefunden:

Es sei die Berufung des ersten Beklagten ganz, diejenige des zweiten Beklagten theilweise begründet, und hierauf

erkannt:

1. Seien die Beklagten berechtigt, den streitigen Graben in der Breite und Tiefe, die er bisanhin bei dem Punkte D (der Schleuße zu Anfang des Huber'schen Rietes) gehabt hat, in der jetzigen Richtung bis zum Punkte B im König'schen Riete bestehen zu lassen, von diesem Punkte an aber habe König den bereits geöffneten Graben sofort wieder zuzuwerfen und sei ihm die weitere Fortführung desselben untersagt; —

2. Tragen Kläger gemeinschaftlich und unter subsidiärer Haft die eine Hälfte, der zweite Beklagte (König) die andere Hälfte der Prozeßkosten; —

3. Entschädigen die beiden Beklagten die sämmtlichen Kläger zusammen wegen des unnützen Vorstandes und der dadurch verursachten Kanzleigebühren, Copiatur- und Advocatenkosten u. s. w. vom 12. Nov. 1846 mit 20 Fr. (Civilpr. vom 10. Febr. 1849 i. S. Huber u. König c. Egli.)

---

13. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Unter der Angabe, daß von Herrn Arnold Itschner von Stäfa am 7. December v. J. wenige Stunden vor seinem Tode ein

Digitized by Google

mündliches Testament errichtet und darin besonders sie (die Recurrentin, Wittwe Selina Itschner, geb. Rebmann, von Stäfa) als dessen hinterlassene Wittwe bedacht worden sei, habe Letztere am 7. d. M. beim Bezirksgerichte Meilen um Einvernahme der fraglichen Testamentszeugen über Form und Inhalt des Testamentes zu ewigem Gedächtnisse nachgesucht; —

B. Durch Beschluß vom 9. d. M. sei dieses Gesuch abgewiesen worden, weil, „wenn es sich, wie hier, darum handle, mündliche Testamente in glaubhafter Form zu Protokoll zu geben, nach dem Inhalte des Gesetzes über die Form der Testamente vom 25. Brachmonat 1839, namentlich nach §. 7 desselben, die Thätigkeit des Notars und nicht des Bezirksgerichtes in Anspruch genommen werden müsse"; —

C. Ueber diesen Beschluß beschwere sich die Recurrentin und glaube, das gestellte Gesuch könne nicht verweigert werden, sobald ein bestimmtes Interesse hiefür nachgewiesen sei, und dieses liege hier in der materiellen Wichtigkeit des Testamentes für sie (die Recurrentin) und in dem Mangel anderweitiger Hülfsmittel, gegenüber der Rücksicht auf Hinfälligkeit des menschlichen Lebens, beziehungsweise der körperlichen und geistigen Gesundheit, indem einerseits diese Zeugen nicht als bloßes Beweismittel, sondern als die Thatsache selbst erscheinen, aus welcher Rechte abgeleitet werden, anderseits bereits Schritte gegen das Testament gethan worden seien und zwei der Zeugen keine feste Gesundheit genießen, zudem in vorgerücktem Alter sich befinden:: —

in Genehmigung der erstinstanzlichen Erwägung und in fernerer

Erwägung:

1) daß diejenige Form, welche der §. 7 des cit. Gesetzes für den Fall vorschreibt, in welchem die Protokollirung eines mündlichen Testamentes (§. 5 des Gesetzes) zur Gültigkeit desselben erforderlich wird, — unzweifelhaft auch für den in §. 6 2 bezeichneten Fall die geeignete ist, wo der Testator innerhalb vier Tagen nach der Eröffnung seines letzten Willens gegenüber den von ihm

Digitized by Google

berufenen Zeugen verstorben und die Protokollirung desselben nicht vorgeschrieben ist, sondern diese lediglich von den Betheiligten, um sich den Beweis für den Inhalt des Testamentes zu sichern, gewünscht wird; —

2) daß übrigens die Requisite für eine Zeugenabhörung zu ewigem Gedächtnisse im vorliegenden Falle nicht als vorhanden angesehen werden könnten, da zwar behauptet, dagegen in keiner Weise bescheinigt ist, daß Gefahr dafür vorhanden sei, daß durch Verzögerung der Abhörung der fraglichen Zeugen dieselbe unmöglich gemacht oder sehr erschwert würde:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs unbegründet; —

2. Trage Recurrentin die Kosten. (Justizpr. vom 22. Febr. 1849, Nr. 3.)

---

14. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Frau Stocker sei von Herrn Rudolf Höhn bei der Kirche in Wädenschweil, Namens der Frau Keller, geb. Bollenweider, daselbst, für 200 fl. Capital nebst 16 fl., als zwei mit Martini 1847 und 1848 verfallene Zinse, belangt worden, habe zwar Rechtsvorschlag dagegen ausgewirkt, der Präsident des Bezirksgerichtes Zürich aber durch Verfügung vom 26. v. M. Rechtsöffnung ertheilt; —

B. Ueber diese Verfügung beschwere sich Stocker Namens seiner Ehefrau, und behaupte,

1) das fragliche Capital sei ihm als Vormund seiner Frau nicht aufgekündet worden; „ob eine solche Aufkündung seiner Frau oder einer andern Person angelegt worden sei, wisse er nicht", —

2) den mit Martini 1847 verfallenen Zins von 8 fl. habe er laut Bescheinigung des Ehemannes der Aufsprecherin vom 3. Juli v. J. bezahlt, —

Digitized by Google

3) den Zins von Martini 1848 habe er ebenfalls bezahlen wollen; derselbe sei ihm aber nicht abgenommen worden; er hoffe daher, solchen gerichtlich deponiren zu dürfen; —

C. In Beantwortung des Recurses erkläre Herr Höhn Namens der Frau Keller:

1) Die Aufkündigung des geforderten Capitals habe laut des vom Stadtammannamte Zürich erhaltenen Doppels derselben de dato 21. April 1848 auf Martini gl. J. wirklich stattgefunden, obschon solche nach dem Tenor der Schuldverschreibung vom 28. December 1829 nicht einmal nothwendig gewesen wäre, — ob sie dem Stocker oder dessen Ehefrau angelegt worden, sei gleichgültig, —

2) Recurrent habe jene 8 fl. wirklich bezahlt, jedoch nicht als Zins, und darum werde nur zugegeben, „diese Summe bei einer allfälligen Zahlung zu compensiren", —

3) die Behauptung, daß der Zins vom Jahre 1848 angeboten worden, sei irrelevant und werde bestritten; —

D. Die Berichterstattung des Präsidenten des Bezirksgerichtes Zürich enthalte im Weitern nichts Wesentliches; —

E. Durch Verfügung vom 9. d. M. habe die Justiz-Commission provisorische Rechtsstellung angeordnet:: —

in Erwägung:

1) Daß die Aufkündigung des fraglichen Capitals als rechtsgültig geschehen zu betrachten ist, da nach dem vom Stadtammannamte in Zürich dem Aufkündigenden zurückgesandten Doppel der Aufkündigung dieselbe am 21. April 1848 auf Martini gl. J. stattgefunden hat, und wenn nun auch, wie der Ehemann der Schuldnerin behauptet, die Aufkündigung nicht ihm selbst als ehelichem Vogte, sondern, weil er nicht angetroffen wurde, der Ehefrau (übrigens der Schuldnerin) sollte übergeben worden sein (daß Letzteres geschehen sei, wird vom Ehemanne weder bestritten noch auch

Digitized by Google

nur behauptet, daß seine Ehefrau dieß bestreite, sondern bloßes Nichtwissen vorgeschützt, was unter diesen Umständen einem Geständnisse gleichsteht), dieß völlig gleichgültig ist, da der §. 66 des Schuldbetreibungsgesetzes über die Anlegung der Betreibungszedel analoge Anwendung auf die Anlegung der Aufkündigungen findet, mithin es genügt, wenn die Aufkündigung, sofern Derjenige, welchem sie zuzustellen ist, nicht angetroffen wird, einer mit ihm in gleicher Haushaltung wohnenden, eventuell einer mit ihm im gleichen Hause wohnenden Person übergeben wird, von der sich annehmen läßt, daß sie dieselbe dem Betreffenden einhändigen werde, als eine solche Person nun aber doch gewiß die Ehefrau anzusehen ist, wobei darauf, ob sich diese Bestimmung nur auf den Fall augenblicklicher Abwesenheit des Betreffenden oder auch auf eine solche mit den Hausgenossen unbekanntem Aufenthaltsort, resp. Zeit der Rückkehr, beziehe, hier gar nicht weiter eingetreten zu werden braucht, da von der letztern Art von Abwesenheit im vorliegenden Falle keine Rede ist; —

2) daß betreffend die Zinse von je 8 fl., verfallen mit Martini 1847 und 1848, hinsichtlich des erstern nach dem Inhalte der Antwortschrift anzunehmen ist, daß nunmehr die Recursen anerkennen, es sei die Zahlung von 8 fl., welche Stocker Namens seiner Ehefrau am 3. Juli 1848 geleistet hat, auf den Zins, verfallen Martini 1847, zu beziehen, resp., was der Sache nach auf's Gleiche herauskommt, es sei (wie die Recursen sich ausdrücken) jene Zahlung mit diesem Zinse zu compensiren; hinsichtlich des zweiten, vorausgesetzt auch, es sollte die Zahlung desselben mit Martini 1848 vom Debitor dem Creditor angeboten, aber vom Letztern nicht angenommen worden sein, doch davon keine Rede sein könnte, daß wegen dieser Nichtannahme der Debitor zur gerichtlichen Deposition berechtigt sei, da der Gläubiger keineswegs verpflichtet gewesen war, mit Martini 1848, auf welche Zeit das Capital

Digitized by Google

rechtsgültig aufgekündet gewesen war, diesen Zins allein abzunehmen; —

3) daß, obgleich die Recursen erst in der Antwortschrift anerkannt haben, die Zahlung vom 3. Juli 1848 sei auf den Zins, verfallen Martini 1847, zu beziehen, gleichwol es sich rechtfertigt, der Gegenpartei sämmtliche Kosten aufzulegen, da die Bestreitung hinsichtlich der Aufkündung, also der Hauptsache, offenbar unbegründet war:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs in der Hauptsache unbegründet und sei daher die von der Justiz-Commission verfügte provisorische Rechtsstellung aufgehoben, mit Ausnahme von 8 fl., als den mit Martini 1847 verfallenen Zins; —

2. Trage Recurrentin die Kosten. (Justizprot. vom 24. Februar 1849, Nr. 4.)

---

15. A cedirt an den B ein Guthaben und zieht es nach erfolgter Cession rechtswidriger Weise ein.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß vorerst der Begriff der Unterschlagung hier darum keine Anwendung findet, weil nach §. 221 des Strafgesetzbuches dieses Vergehen nur dann vorhanden ist, wenn der Betreffende über eine bewegliche Sache, die sich in seinem Besitze oder Gewahrsame befunden, wie über sein Eigenthum verfügt hat, nun aber einleuchtet, daß die Forderung, welche Inquisit eingezogen, ungeachtet er sie bereits an den Denuncianten abgetreten hatte, weder als fremde bewegliche Sache in dem oben angeführten Sinne betrachtet werden kann, noch in seinem Besitze sich befunden hat, und eben so wenig der Umstand, daß Pfanddefraudation als Unterschlagung bestraft wird, hier von Einfluß ist, weil, abgesehen

Digitized by Google

davon, daß seit Erlassung des Gesetzes über die Schuldbetreibung vom 7. April 1842 die Qualification einer Pfanddefraudation auf einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift beruht, während hier eine solche nicht vorhanden ist, der Unterschied zwischen dem Falle der Pfanddefraudation und dem gegenwärtigen darin liegt, daß in dem erstern eine (körperliche) Sache veräußert wird, an welcher, wenn sie auch nicht eine fremde, sondern Eigenthum des Unterschlagenden ist, doch fremde dingliche Rechte bestehen, die dadurch, daß der Creditor das Pfandobject in dem Besitze des Schuldners läßt, dem letztern anvertraut werden, wogegen in vorliegendem Falle das Object der Cession sich gar nicht im Besitze des Inquisiten befunden, also auch nicht demselben von dem Denuncianten hat anvertraut werden können; —

2) daß hingegen die sämmtlichen Merkmale, welche nach §. 239 des Strafgesetzbuches für den Begriff des Betruges erforderlich sind, hier vorliegen, indem (angenommen auch, es habe Inquisit zur Zeit der Cession die Absicht, das Guthaben einzuziehen, also den Denuncianten zu prellen, nicht gehabt) einerseits es an dem Merkmale einer stattgefundenen rechtswidrigen Täuschung nicht mangelt, indem, abgesehen davon, daß Inquisit das fragliche Guthaben, nachdem er dasselbe bereits cedirt, bei dem Schuldner eingezogen hat, ohne diesem von der geschehenen Cession Kenntniß zu geben, somit sich ihm (dem Schuldner) gegenüber gerirt hat, als ob er (Inquisit) noch befugt sei, über die betreffende Summe zu verfügen, während es nicht mehr der Fall war, jedenfalls eine Täuschung darin liegt, daß Inquisit dem Verwalter der Bau-Commission, nachdem letztere von der geschehenen Cession Anzeige bekommen hatte, auf Befragen, wie sich die Sache verhalte, das Bestehen eines solchen Verhältnisses förmlich abgeläugnet, also bei demselben durch unerlaubtes Vorenthalten der Wahrheit Irrthum erzeugt hat, anderseits durch diese rechtswidrige Täuschung fremde Ver-

Digitized by Google

mögensrechte verletzt worden sind, wobei darauf, ob der Nachtheil den Cessionaren oder die Bau-Commission treffe, Nichts ankommt, weil die Praxis von jeher angenommen hat, daß die Täuschung und der durch sie bewirkte Nachtheil nicht in Einer Person zusammenzutreffen brauchen, sondern es genüge, daß die Täuschung sich überhaupt zum Erfolge wie Mittel zum Zwecke verhalte; —

3) daß nach dem oben Angeführten als Betrag dieses Betruges je nach dem Entscheide der Civilgerichte entweder die Summe zu betrachten ist, welche der Cessionar verlieren muß, weil er für dieselbe nicht mehr den debitor cessus, sondern nur den insolvenden Inquisiten belangen kann, oder aber diejenige, welche der debitor cessus, nachdem er sie bereits an den Inquisiten bezahlt hat, nochmals an den Cessionar entrichten muß, weil er (der debitor cessus) sie dem Inquisiten nicht hätte herausgeben sollen, welche Summe aus den in Erw. 2 des erstinstanzlichen Urtheils angeführten Gründen sich auf 129 fl. 10 ß. oder auf 206 Fr. 80 Rp. beläuft; —

4) daß der fragliche Betrug nur als einfacher sich darstellt, weil nach constanter Praxis bloßes Ableugnen vor Gericht, wenn nicht etwas Positives dazu kommt, als Betrug nicht betrachtet wird, somit in gegenwärtigem Falle darauf, daß Inquisit seine Unterschrift auch vor dem Bezirksgerichte Pfäffikon verläugnet hat, Nichts ankommt; —

5) daß somit bei Zumessung der Strafe §. 244 b zur Anwendung kommt, wonach, wenn der Schaden unter 800, jedoch nicht unter 100 Fr. beträgt, Gefängniß, womit Buße bis auf 800 Fr. verbunden werden kann, oder Zuchthaus von höchstens zwei Jahren eintreten soll, nun aber in Ermangelung besonderer Schärfungs- oder Milderungsgründe keine hinreichende Veranlassung vorhanden ist, irgend welche Modification der erstinstanzlich ausgesprochenen Strafe eintreten zu lassen, vielmehr dieselbe auch zu der gegenwärtigen Qualification paßt:: —

Digitized by Google

mit Einmuth gefunden:

Inquisit sei des einfachen Betruges im Betrage über 100, aber unter 800 Fr. schuldig, und hierauf ebenfalls

mit Einmuth erkannt:

1. Sei Inquisit zu einer sechsmonatlichen Gefängnißstrafe verurtheilt; —

2. Sei er auf die Dauer von zwei Jahren vom Activbürgerrechte ausgeschlossen; —

3. Habe es hinsichtlich der erstinstanzlichen Prozeßkosten und des Schadenersatzes an den Denuncianten bei den Bestimmungen des criminalgerichtlichen Urtheils sein Verbleiben; —

4. Habe Inquisit die heutigen Prozeßkosten und für heute an den Denuncianten eine Entschädigung von 12 Fr. zu bezahlen. (Criminalpr. vom 15. Febr. 1849 i. S. Pfenninger.)

---

16. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. In Folge eines Zuges im Auffalle des am 26. Juli v. J. verrechtfertigten Heinrich Lienhard von Rorbas sei der Recurrentin (Maria Eschbach, gesch. Lienhard) ein auf Martini gl. J. aufgekündetes Capital von 333 fl. 34 ß. an einen 400 fl. haltenden Brief zu Gunsten des Herrn Landschreiber Bänninger in Niederglatt nebst vier Zinsen und dem laufenden zu 5 % zu bezahlen angewiesen und sei sodann nebst Miteinzinsern von dem Creditor für 400 fl. Capital nebst 112 fl. Zinsen betrieben worden; —

B. Mit Bezug auf das Capital und 12 fl. Zinsrestanz sei Rechtsvorschlag ausgewirkt, von dem Präsidenten des Bezirksgerichtes Bülach aber unter dem 3. d. M. für beides Rechtsöffnung ertheilt worden; —

C. Ueber diese Rechtsöffnung hinsichtlich der Zinsrestanz von 12 fl. beschwere sich Recurrentin, indem ihr in ihrem Zugbriefe vom 12. Sept.

Digitized by Google

v. J. nur 4 Zinse sammt dem laufenden, welche höchstens 100 fl. betragen, angewiesen worden seien; —

D. In Beantwortung des Recurses erkläre Herr Landschreiber Bänninger, die Recurrentin sei zwar nicht Schuldnerin jener Zinsrestanz von 12 fl., aber Tragerin des fraglichen Capitals und als solche verpflichtet, diesen Betrag von den Einzinsern, die denselben schulden, zu seinen Handen einzuziehen; —

E. Die Berichterstattung des Präsidenten des Bezirksgerichtes Bülach enthalte im Weitern nichts Wesentliches; —

F. Unter dem 15. d. M. habe die Justiz-Commission provisorische Rechtsstellung für die bestrittenen 12 fl verfügt:: —

in Erwägung:

Daß, da die Recurrentin (wie der Recurse selbst anerkennt) gar nicht Einzinserin ist mit Bezug auf die in Frage stehende laufende Zinsrestanz von 12 fl., auch davon keine Rede sein kann, daß ihr mit Bezug auf dieselbe die Tragerpflicht obliege, vielmehr dem Recursen zu überlassen ist, entweder diejenigen einzelnen Einzinser, welchen die Bezahlung dieser Zinsrestanz obliegen soll, unmittelbar zu belangen, oder vorerst gehörige Bestellung eines Tragers aus diesen Einzinsern vorzunehmen und sodann diesen sammt Mithaften für die fragliche Zinsrestanz zu betreiben:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet, demnach die von der Justiz-Commission provisorisch verfügte Rechtsstellung definitiv bestätigt; —

2. Trage der Recurse die Kosten. (Justizprot. vom 24. Febr. 1849, Nr. 6.)

---

17. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Unter dem 29. März 1848 habe Rudolf Gut, Heinrichen, in Reinsfelden den größten Theil seiner Liegenschaften verkauft

Digitized by Google

und bei der unter dem 11. April gl. J. stattgefundenen Fertigung die Käufer, nämlich

1. Jacob Gut, Jacoben, in Rheinsfelden,
2. Jacob Wäckerling, Johanneſſen, in dort,
3. deſſen Bruder Heinrich Wäckerling in dort,
4. Johannes Gut in Glattfelden,
5. Jacob Wäckerling, Jäger, in Rheinsfelden,
6. Johannes Wäckerling, Johanneſſen, daſelbſt,
7. Heinrich Schneider, Chriſtophen, in Oberriet,
8. Heinrich Kaiſer, Steffens, in dort,
9. Chriſtoph Schneider, Weber, in dort,
10. Jacob Hartmann, Jacoben, in der Burg bei Eglisau,
11. Andreas Brunner, Müller, in Rheinsfelden,

in einen Schuldbrief von 500 fl. auf den Verkäufer zu Gunſten Herrn Gemeindeammann Johannes Bucher in Lengnau, dat. 5. November 1847, verwieſen; ſeither ſei der Verkäufer, welcher noch 53 fl. an dieſen Brief ſchuldig verblieben, ſo wie der letzte Käufer (Brunner) in Concurs gerathen; —

B. Der erwähnte Schuldbrief, welcher ſich gegenwärtig im Beſitze des Recurrenten befinde, gehe dahin, daß das Capital „jährlich zu 5 % zu verzinſen und auf Maitag 1848 ohne fernere Kündigung ſammethaft wieder zurückzubezahlen“ ſei; —

C. Recurrent habe, nachdem ihm von dieſer Verweiſung ſeines Capitals Kenntniß gegeben worden, unter dem 22. Auguſt v. J. den „Jacob Gut, Jacoben, in Rheinsfelden als Trager“ für das fragliche Capital ſammt Zins und Koſten betrieben, es ſei aber unter Beſtreitung der Tragerſchaft Rechtsvorſchlag ausgewirkt und die nachgeſuchte Rechtsöffnung verweigert worden, weil die Betreibung nicht auch gegen die Mithaften gerichtet, — und als dann der Rechtstrieb gegen „Jacob Gut und Mithafte“ angehoben worden ſei, habe Gut abermals Rechtsvorſchlag ausgewirkt, das Bezirksgerichtspräſidium in Bülach ſodann

Digitized by Google

unter dem 30. November v. J. die nachgesuchte Rechtsöffnung zwar ertheilt, den Rechtstrieb aber gegen Jacob Gut, nachdem er seine Rate an Capital, Zins und Kosten deponirt gehabt, wieder gestellt und nur gegen die Einzinser fortgesetzt; —

D. Der in Folge dessen von den Einzinsern ergriffene Recurs sei durch Beschluß des Obergerichtes vom 30. December v. J. für unstatthaft erklärt, jedoch der Rechtstrieb gegen dieselben einstweilen sistirt und dem Ansprecher die Wahrung seiner Rechte gegenüber Jacob Gut überlassen worden, da dieser in der Audienz vor dem Bezirksgerichtspräsidenten unter dem 20. December v. J. unter Bestreitung der Tragerschaft erklärt habe, daß von ihm erst nach erfolgter Deposition seiner Rate den Einzinsern, deren Namen er vorher nicht gekannt, Kenntniß gegeben worden sei; —

E. Das hierauf gestellte Gesuch des Recurrenten um Rechtsöffnung gegen Jacob Gut als Trager habe der Präsident des Bezirksgerichtes Bülach unter dem 13. v. M. abgewiesen, zugleich aber verfügt, daß der Rechtstrieb gegen die Einzinser fortgehe und diese gehalten seien, sofort einen Trager zu bezeichnen; —

F. Auf die hierüber von den Einzinsern erhobene Beschwerde, mit der Erklärung, „daß sie auf ihre in dem Briefe enthaltenen Grundstücke .... verzichten und dieselben dem Creditor überlassen, aus denen er sich für seine Ansprache bezahlt machen könne", — sei unter dem 24. v. M der Rechtstrieb auch gegen sie (die Einzinser) wieder gestellt worden, da (laut Erw. 2 dieser Verfügung) „die Betriebenen nicht mehr im Besitze der Unterpfande des fraglichen Schuldbriefes seien und daher der Ansprecher beweisen müsse, daß er je einmal dieselben zur Zeit, als sie die Unterpfande noch besessen, als Schuldner angenommen habe", und weil (laut Erw. 4) nicht anzunehmen sei, „daß die Käufer von Pfandobjecten für mehr als den Werth derselben einzustehen haben; —

G. Gegen die beiden Verfügungen vom 13. u. 24. v. M. recurrire nun Herr Proc. Forrer und verlange,

Digitized by Google

1) daß gegen Jacob Gut, Jacoben, sofort für das Ganze sammt Zins und Kosten Rechtsöffnung ertheilt werde, indem derselbe Trager sei und nun unterlassen habe, der ihm als solchem gegenüber dem Gläubiger obliegenden Verpflichtung hinsichtlich der Eintreibung der Raten der übrigen Einzinser nachzukommen, — auch die Tragerschaft von ihm nicht mehr bestritten werden könne, weil sie ihm schon am 18. August v. J. amtlich angezeigt worden sei (in welcher Beziehung er um Einholung eines Berichtes vom Gemeindeammannamte Glattfelden, den er selbst nicht habe erhalten können, bitte), weil ferner derselbe (Gut) am 22. August und im October v. J. in dieser Eigenschaft betrieben worden, wodurch er die Absicht des Creditors, welchem die Wahl eines Tragers zustehe, wol habe erkennen können, und weil endlich von ihm (Gut) gegen die Rechtsöffnung vom 30. November v. J. ein Recurs nicht ergriffen worden sei, —

2) eventuell daß die Rechte gegen die Einzinser für Capital, Zins und sämmtliche Kosten geöffnet werden, indem ein obligatorisches Verhältniß zwischen diesen und ihm allerdings bestehe, das durch die Anweisung beim Kaufe und beim Concurse des Verkäufers (in welchem er an die Einzinser sich halten zu wollen erklärt habe), so wie durch den gegen den „Trager und Mithafte" angehobenen Rechtstrieb begründet und bestätigt worden sei; —

H. Aus der Schuldverweisung der Notariatskanzlei Eglisau, aus dem Concurse des Rudolf Gut, Heinrichen, datirt 14. December v. J. gehe hervor, daß Recurrent in diesem Auffalle eine Forderung von „53 fl. an einen 500 fl. haltenden Brief dat. 5. November 1847" angemeldet habe und sodann an die Fact. A benannten Einzinser verwiesen worden sei; —

J. In Beantwortung des Recurses erklären

1) Jacob Gut, Jacoben: Er habe eine amtliche Anzeige hinsichtlich der Tragerschaft nicht erhalten, auch durch seine Handlungen die-

Digitized by Google

selbe niemals anerkannt, vielmehr gegen diese Anstage bei jeder Gelegenheit Protestation erhoben;

2) derselbe und die übrigen Einzinser des geforderten Capitals:

a) Der fragliche Schuldbrief sei eigentlich durch ein Wuchergeschäft zu Gunsten eines Juden (Bernheim), für welchen Herr Gemeindeammann Bucher nur den Namen hergegeben habe, errichtet worden und deßhalb „nach unsern Gesetzen nicht rechtsgültig";

b) eventuell sei das Capital nicht fällig, weil es nicht aufgekündigt und ihnen beim Ankaufe der Unterpfande und der Anweisung in den Brief von dem Verkäufer nicht angezeigt worden sei, daß der Inhalt des Briefes auf Abzahlung des Capitals ohne Kündigung auf Maitag 1848 gehe;

c) ebenfalls eventuell stehen sie mit dem Recurrenten, dem sie nie gezinset haben, in gar keinem obligatorischen Verhältniß, sondern der Verkäufer sei alleiniger Schuldner des Capitals geblieben; derselbe (Recurrent) könne daher von ihnen nicht Zahlung des Schuldbriefes, sondern nur Abtretung der in ihrem Besitze befindlichen Unterpfande des Briefes verlangen, wozu sie sich bereit erklären; —

K. Der Präsident des Bezirksgerichtes Bülach halte dafür: Seine Verfügung vom 24. v. M. hinsichtlich der Einzinser sei durch Recht und Gesetz begründet, indem durch Annahme der Verweisung in einen Schuldbrief die Käufer noch in kein obligatorisches Verhältniß zu dem Creditoren treten, sondern der ursprüngliche Schuldner für das Ganze verhaftet bleibe und bei dessen Concurs den Einzinsern, sofern sie sich noch nicht obligirt haben, gestattet werden müsse, zu ziehen oder zu stehen:: —

in Erwägung:

1) Daß unbestritten ist, daß Recurrent Eigenthümer eines am 5. November 1847 von Rudolf Gut, Heinrichen, zu Rheinsfelden,

Digitized by Google

Gem. Glattfelden, zu Gunsten des Hrn. Gemeindeammann Joh. Bucher von Lengnau, Cts. Aargau, errichteten Schuldbriefes von 500 fl. sei, verzinslich zu 5 % von Martini 1847 an und abzuzahlen ohne fernere Kündigung auf Maitag 1848; —

2) daß die Recursen vor Allem aus „die Rechtsgültigkeit dieses Schuldbriefes bestreiten" oder eigentlich die Einwendung erheben, es sei dem Recurrenten mit Bezug auf denselben kein Recht zu halten, indem sie hiefür anführen, Gemeindeammann Bucher habe bei dessen Errichtung nur den Namen hergegeben für einen Juden (Bernheim) behufs Umgehung des Rathsbeschlusses vom 27. Juli 1809 betreffend den Verkehr der Juden (Offic. Gesetzs., Bd. IV. S. 158), — nun aber, angenommen auch, es sollte sich so verhalten und ließe sich hieraus, wenn Bucher noch Schuldbriefeigenthümer wäre, diesem gegenüber eine Einwendung erheben, doch nach der Natur des Schuldbriefes davon keine Rede sein kann, daß eine solche gegen den dritten gutgläubigen Schuldbriefeigenthümer, als welcher Recurrent erscheint, aus diesem Verhältniß hergeleitet werden könne, — wie denn auch der Schuldbriefverkehr auf's allerhöchste gefährdet würde, wenn der spätere gutgläubige Schuldbriefeigenthümer die Gefahr laufen müßte, der Schuldner könne ihm die Einwendung entgegensetzen, — Derjenige, zu dessen Gunsten der Brief errichtet worden, habe nur für einen Juden den Namen hergegeben, und daher sei auch ihm (dem jetzigen Eigenthümer des Briefes) hinsichtlich desselben kein Recht zu halten; —

3) daß sodann die Recursen die dilatorische Einrede aufstellen, vorausgesetzt auch, sie sollten Einzinser sein, so sei ihnen beim Verkauf der Unterpfande und der Anweisung in den Brief von dem Verkäufer und früheren Schuldner nicht angezeigt worden, daß der Inhalt des Briefes auf Abzahlung des Capitals ohne Kündigung auf Maitag 1848 gehe, nun aber diese Einrede, wie sich das

Digitized by Google

Obergericht schon in früheren Fällen, z. B. am 20. Mai 1844 in Sachen der Ehefrau Bleuler, Erw. 1, ausgesprochen hat (Schauberg, Beiträge, Bd. V. S. 318), unrichtig ist, da aus der Natur des Schuldbriefes folgt, daß der Gläubiger sich gegenüber dem neuen Erwerber der Unterpfande, welchem die Schuld überbunden wurde, lediglich an den Inhalt des Schuldbriefes zu halten berechtigt ist, ohne sich darum bekümmern zu müssen, ob diesem vom frühern Schuldner der Inhalt des Schuldbriefes gehörig bekannt gemacht worden sei; —

4) daß die fernere Einwendung der Recursen dahin geht, der ursprüngliche Schuldebitor (Rudolf Gut, Heinrichen) sei der alleinige Schuldner des Recurrenten geblieben, sie (die Recursen) dagegen seien gar nicht Schuldner des Recurrenten, resp. sie seien nicht Einzinser in den fraglichen Schuldbrief geworden, mit andern Worten, sie stehen mit dem Recurrenten in keinem obligatorischen Verhältniß, derselbe könne daher von ihnen nicht Zahlung des Schuldbriefes, sondern nur Abtretung der in ihrem Besitze befindlichen Unterpfande des Briefes verlangen; —

5) daß diese Behauptung nun aber durchaus unrichtig ist, da

a) der frühere alleinige Schuldbriefsdebitor (Rudolf Gut, Heinrichen) bei dem im März 1848 stattgefundenen und im April gl. J. gefertigten Verkauf des größten Theiles der Briefsunterpfande an die Recursen jeden derselben zu einer gewissen Rate in den Brief des Recurrenten angewiesen hat, —

b) durch diese Anweisung von Seiten des bisherigen Schuldners allein nun zwar allerdings das bisherige obligatorische Verhältniß zwischen ihm und dem Gläubiger gegen des letztern Willen nicht hätte verändert werden können, wol aber hiedurch der Gläubiger berechtigt wurde, nunmehr die angewiesenen Unterpfandsbesitzer als seine Schuldner anzunehmen, und nun

c) darüber, daß dieß von ihm geschehen sei, gar kein Zweifel

Digitized by Google

obwalten kann, wenn berücksichtigt wird, daß hierauf im Concurse des am 24. August 1848 verrechtfertigten, ursprünglich alleinigen Schuldners (Rudolf Gut, Heinrichen) Recurrent nicht etwa die ganze Schuldbriefforderung anmeldete, so daß davon die Rede sein könnte, er habe also hiemit zu erkennen gegeben, daß dieser sein Debitor für das Ganze geblieben sei, sondern nur anmeldete 53 fl., als diejenige Rate in den Brief, für welche Rudolf Gut, Heinrichen, auch nach dem Verkauf des größten Theiles der Unterpfande und der Ueberbindung des übrigen Theiles der Schuldbriefforderung auf die Käufer Schuldner geblieben war (indem nämlich Gut noch einen gewissen Theil der Unterpfande behalten hatte), und damit die Erklärung verband, daß er (der Gläubiger) sich an die übrigen Einzinser, die er dann auch nachher betrieb, halten wolle; —

6) daß, wenn der Bezirksgerichtspräsident in Erw. 2 seiner Verfügung vom 24. Januar d. J. anführt, die Betriebenen seien nicht mehr im Besitze der Unterpfande, daher müsse der Ansprecher beweisen, daß er sie je ein Mal zu der Zeit, als sie die Unterpfande noch besessen, als Schuldner angenommen habe, dieß auf einem offenbaren factischen Irrthume beruhen muß, indem ja ganz unbestritten ist, daß die Betriebenen die Unterpfande noch besitzen, auch unerklärlich wäre, wie, sofern die Betriebenen die Unterpfande nicht mehr besitzen würden, davon die Rede sein könnte, was dann gleich in Erw. 4 folgt, daß die Betriebenen ihre von Rudolf Gut gekauften Grundstücke an den Schuldgläubiger abzutreten haben; —

7) daß nun zwar dem ersten Begehren des Recurrenten nicht zu entsprechen ist, welches dahin geht, daß gegen Jacob Gut, Jacoben, sofort für das Ganze Rechtsöffnung ertheilt werde, und darauf gestützt wird, daß dieser der Trager sei, und nun unter-

Digitized by Google

lassen habe, der ihm als solchem, gegenüber dem Gläubiger, obliegenden Verpflichtung hinsichtlich der Eintreibung der Raten der übrigen Einzinser nachzukommen, da Gut bestreitet, daß ihm die Tragerpflicht obliege, und wenn nun Recurrent sich darauf beruft, er habe ihn schon am 18. August 1848 als solchen vorläufig bezeichnet und ihm hievon Anzeige gemacht, welche derselbe stillschweigend angenommen habe, erstens ein Beweis für eine solche Anzeige (welcher dem Gläubiger oblag, und der, sofern der Gemeindeammann unterlassen haben sollte, ihm das verlangte Doppel der geschehenen Anzeige zuzustellen, sich beschwerend an den Bezirksgerichtspräsidenten hätte wenden sollen) mangelt; zweitens der Beweis für die Anzeige mit Rücksicht darauf hier unerheblich wäre, daß dann schon am 22. August 1848 Recurrent den Jacob Gut als Trager betrieben und dieser Rechtsvorschlag genommen hat, unter der Bestreitung, Trager zu sein; wenn ferner Recurrent sich darauf beruft, Jacob Gut sei ohne Weiteres dadurch Trager geworden, daß er (Recurrent) ihn im Rechtsbote (und zwar auch bei der neuen im October v. J. angehobenen Betreibung) als solchen bezeichnet habe, dieses Verfahren, wogegen Gut immer protestirte, derselbe sich nicht braucht gefallen zu lassen, vielmehr der Bestimmung der §§. 22 und 23, Thl. VI. des Stadt- und Landrechtes, entspricht, daß der Gläubiger vor Anhebung des Rechtstriebes Denjenigen, welcher nach seiner Meinung die Tragerschaft zu übernehmen hat, vorläufig bezeichne und diesem hievon Anzeige mache, wobei alsdann, sofern der Betreffende sich diesem unterzieht, zur Bestellung des Tragers allerdings nichts Weiteres erforderlich ist; daß aber, sofern der Betreffende sich nicht unterzieht, der Gläubiger sich an den zuständigen Bezirksgerichtspräsidenten wende, welcher, nachdem er auch dem als Trager Bezeichneten rechtliches Gehör gestattet haben wird, diese vom Gläubiger vorläufig geschehene Bezeichnung entweder gut-

Digitized by Google

heißen oder verwerfen wird, mit Vorbehalt des Recurſes an das Obergericht mit anzuſetzender Friſt (vgl. Recursbeſchluß i. S. Billiter vom 21. Mai 1842, abgedruckt in Schauberg's Beiträgen, Bd. III. S. 266, Nr. 47, und Recursbeſcheid i. S. Hauſer vom 3. Febr. 1849), — und wenn endlich Recurrent ſich noch darauf beruft, Jacob Gut habe die Tragerpflicht damit anerkannt, daß er gegen die Verfügung des Bezirksgerichtspräſidenten vom 30. November 1848 nicht Recurs ergriffen habe, hierauf ſich bei der fortwährend im ganzen Rechtstriebe von Gut erfolgten Beſtreitung, daß ihm dieſelbe obliege, ſich um ſo weniger abſtellen läßt, als dann am gleichen Tage (30. November) dem Gut gegen Depoſition ſeiner Rate vom Bezirksgerichtspräſidenten wieder Rechtsſtellung ertheilt worden iſt (vgl. Fact. 6 der Verfügung des Bezirksgerichtspräſidenten vom 13. Januar 1849); —

8) daß dagegen, da eine Verpflichtung des Gläubigers zur Beſtellung eines Tragers nicht beſteht, vielmehr derſelbe, wenn er es ſeinem Intereſſe angemeſſen findet, auch die einzelnen Einzinſer unmittelbar belangen kann (vgl. Recurſalbeſcheid i. S. Schoch vom 31. Oct. 1848) Nichts entgegenſteht, dem eventuellen Begehren des Recurrenten zu entſprechen, daß nämlich Rechtsöffnung ertheilt werde gegen jeden einzelnen Recurſen a) für diejenige Rate, mit welcher jeder in den Schuldbrief angewieſen wurde, ſammt betreffendem Zins und Koſtenantheil (auch demjenigen an den Rechtstriebkoſten), b) für den Antheil eines jeden an den Raten der in Concurs gerathenen Miteinzinſer Rudolf Gut und Andreas Brunner, in der Meinung, daß, wenn der Einzelne das ihn gemäß a und b zunächſt Betreffende deponirt, dannzumal der Rechtstrieb einſtweilen gegen ihn geſtellt würde, — ſofern aber von den Betriebenen in Concurs gerathen ſollten, alsdann der Rechtstrieb gegen die Aufrechtſtehenden für den Antheil des oder der in Concurs Gerathenen wieder geöffnet würde; —

Digitized by Google

9) daß, obgleich Recurrent mit seinem ersten Begehren unterliegt, gleichwol es sich rechtfertigt, die sämmtlichen Kosten den Recursen aufzulegen, und zwar mit Rücksicht auf ihre offenbar unrichtige Bestreitung, Einzinser zu sein, durch welche hauptsächlich die Umtriebe herbeigeführt worden sind:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs theilweise begründet und sei daher zwar nicht dem ersten in Erw. 7 angeführten, wol aber dem eventuellen in Erw. 8 bezeichneten Begehren des Recurrenten zu entsprechen und dem Bezirksgerichtspräsidenten in Bülach der Auftrag ertheilt, Rechtsöffnung im Sinne dieser Erw. 8 zu ertheilen; —

2. Tragen die Recursen die Kosten. (Justizprot. vom 27. Febr. 1849, Nr. 1)

---

18. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Unter dem 20. October 1846 habe Recurrent von Hrn. Joh. Martin v. Ow, Med. Pr., von Büsingen, Bezirksamts Radolfszell, Großh. Baden, zwei Grundstücke um die Summe von 140 fl. 10 ß. angekauft, und bei der am 5. December gl. J. stattgefundenen Fertigung sei festgesetzt worden, daß der Kaufpreis in acht gleichen Jahreszahlungen, die erste mit Martini 1847 sammt Zins zu $4\frac{1}{2}$ %, zur Ablösung eines auf dem Kaufsobjecte und andern Liegenschaften haftenden Schuldbriefes von 2400 fl zu Gunsten des Hrn. Pfau in Winterthur, an den Verkäufer bezahlt werden solle; —

B. Recurrent sei in Folge dessen von dem Verkäufer (Hrn. v. Ow) im Betrage von 41 fl. 14 ß. $3\frac{1}{2}$ hlr. sammt einem Zinse von 140 fl. 10 ß. Capital betrieben worden, habe zwar Rechtsvorschlag ausgewirkt, das Bezirksgerichtspräsidium Andelfingen aber unter dem 31. v. M. Rechtsöffnung ertheilt; —

C. Hierüber beschwere sich Recurrent, anerkenne zwar, die For-

Digitized by Google

derung schuldig zu sein, glaube aber zur Zahlung derselben darum nicht angehalten werden zu können, weil der Ansprecher an den abzulösenden Schuldbrief noch Nichts abgetragen, demnach die von andern Käufern eingezogenen Kaufschillinge nicht vertragsgemäß verwendet habe, und daher zu befürchten sei, daß die Ledigung der Kaufsobjecte seinerzeit nicht stattfinden werde; —

D. In Beantwortung des Recurses erkläre der Ansprecher die Besorgniß des Recurrenten für unbegründet, indem er schon einmal bereit gewesen sei, das fragliche Capital dem Hrn. Pfau abzuzahlen, dieser aber die Annahme desselben verweigert habe und nunmehr die Ablösung nach getroffener Verabredung mit Hrn. Pfau auf Lichtmeß 1851 stattfinden werde; —

E. Der Präsident des Bezirksgerichtes Andelfingen erkläre, daß er sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe; —

F. Unter dem 8. d. M. habe die Justiz-Commission provisorische Rechtsstellung verfügt:: —

in Erwägung:

Daß die Einwendung des Käufers dahin geht, bevor er zur Zahlung der verfallenen Kaufpreisraten an den Verkäufer angehalten werden könne, müsse dieser wahrscheinlich machen, daß er seinerzeit auch wirklich die Ledigung des Kaufsobjectes von dem darauf haftenden Schuldbriefe vornehmen werde, diese Einwendung nun aber zu verwerfen ist, da der Verkäufer seinerseits sich ohne alle Beschränkung zur Zahlung des Kaufpreises in gewissen Raten an den Verkäufer verpflichtet hat, welchem dann allerdings, jedoch erst nach geleisteter Kaufpreiszahlung, die Ablösung des Schuldbriefes obliegt, und wenn der Käufer sich darauf beruft, dieses sei für ihn gefährlich, da er ja nicht wissen könne, ob auch, wenn er (der Käufer) geleistet habe, alsdann der Verkäufer seine Verpflichtung erfülle, dieß zwar richtig sein mag, jedoch gleichgültig ist, da eben der Vertrag, welchen der Käufer mit dem

Digitized by Google

Verkäufer einging, dieſe Gefahr in ſich ſchließt, und jenem, ſofern er dieſe Gefahr nicht laufen wollte, obgelegen hätte, vor deſſen Eingehung ſich beſſer vorzuſehen, endlich ſolche Verhältniſſe gegenwärtig nicht vorliegen, welche darauf ſchließen ließen, daß der Verkäufer ſeiner Verpflichtung ſpäter nicht nachkommen könne oder nicht nachkommen wolle, in welchem Falle erſt davon die Rede ſein könnte, daß dem Käufer ſtatt der Zahlung an den Verkäufer gerichtliche Depoſition der Summe zu geſtatten ſei:: —

mit Einmuth beſchloſſen:

1. Sei der Recurs unbegründet und die proviſoriſche Rechtsſtellung aufgehoben; —

2. Trage Recurrent die Koſten. (Juſtizprot. vom 1. März 1849, Nr. 4.)

---

19. Das Obergericht hat,

da ſich ergeben:

A. Herr altGemeinderath Joh. Süß in Unterſtammheim ſei bis Martini 1846 Verwalter des Zehntengutes der dortigen Gemeinde geweſen und habe über dieſe Verwaltung von Martini 1845 bis 1846 im März v. J. Rechnung abgelegt, welche Rechnung von ihm mit der Bemerkung „Irrthum vorbehalten" unterzeichnet ſei und einen auf ihm haftenden Rechnungsſaldo von 405 fl. 17 ß. 4 hlr. zeige; —

B. Geſtützt auf dieſe Rechnung, habe der nunmehrige Zehntengutsverwalter, Herr Gemeinderath Nägeli in dort, den Herrn Süß für 405 fl. 17 ß. 4 hlr Rechnungsſaldo nebſt einem Jahreszinſe von 20 fl. 16 ß. betrieben; von dieſem ſei aber Rechtsvorſchlag ausgewirkt und von dem Präſidenten des Bezirksgerichtes Andelfingen unter dem 31. v. M. die nachgeſuchte Rechtsöffnung verweigert worden, weil der Betriebene behaupte, es finden ſich in jener Rechnung, die er nur mit Vorbehalt unterzeichnet habe, eine Menge Unrichtigkeiten, die allein

Digitized by Google

jenen Saldo herausstellen und die Anfertigung einer neuen Rechnung nothwendig machen; —

C. Gegen diese Verfügung recurrire die Zehntengutsverwaltung Unterstammheim und behaupte, da die Rechnung von dem Angesprochenen unterzeichnet, auch von der Gemeinde bereits abgenommen worden sei und jener die behaupteten Unrichtigkeiten in derselben, ungeachtet er hiezu hinlängliche Gelegenheit gehabt hätte, bis jetzt nicht näher bezeichnet habe, so müsse diese Rechnung als richtig betrachtet werden; gleichwol sei sie (Recurrentin) auch jetzt noch geneigt, allfällige Irrthümer anzuerkennen; nur liege es nicht ihr, sondern dem Angesprochenen ob, dieselben in der Rechnung herauszusuchen; —

D. Die dem Betriebenen zur Beantwortung der Recursschrift angesetzte Frist sei unbenutzt verstrichen; —

E. Der Präsident des Bezirksgerichtes Andelfingen erkläre, daß er sich zu einem Berichte nicht veranlaßt finde:: —

in Erwägung:

1) Daß laut der im März vom Betriebenen, als gewesenem Verwalter der Zehntencorporation, gestellten, auch von ihm unterschriebenen Rechnung von Martini 1845 bis 1846 derselbe der Zehntencorporation den Betrag von 405 fl. 17 ß. 4 hlr. „Irrthum vorbehalten" schuldig verblieben, mithin die Ansprache auf Bezahlung oder Versicherung dieser Summe an sich liquid ist; —

2) daß dieselbe auch vollstreckungsfähig ist, und zwar auch ganz abgesehen von dem Umstande, daß der Recurse die ihm laut Fact. D angesetzte Frist fruchtlos hat verstreichen lassen, da der Betriebene erstinstanzlich nur vorbrachte, es finden sich in der Rechnung Irrthümer zu seinem Nachtheile vor, und nun durchaus unrichtig war, daß der Bezirksgerichtspräsident auf diese ganz vage, durch Nichts unterstützte Einwendung irgend welches Gewicht gelegt und deßhalb die Rechtsöffnung verweigert hat, vielmehr zum allermindesten dem Betriebenen obgelegen hätte, die einzelnen angeb-

Digitized by Google

lichen, zu seinem Nachtheile sich vorfindenden Rechnungsirrthümer und deren Betrag genau zu bezeichnen, und erst in diesem Falle es sich hätte fragen können, ob für jenen Betrag eine Verweigerung der Rechtsöffnung sich rechtfertige; —

3) daß eventuell gegen die Zinsforderung eine Einwendung nicht erhoben ist:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und demnach der Präsident des Bezirksgerichtes Andelfingen angewiesen, dem Ansprecher für die in Frage stehende Forderung und die Kosten der recurrirten Verfügung Rechtsöffnung zu ertheilen; —

2. Seien die dießfälligen Kosten dem Schmid Süß aufgelegt. (Justizprot. vom 1. März 1849, Nr. 5.)

---

20. B betreibt den A für 77 fl.; mittlerweile stirbt A, dessen Erben das gerichtliche Inventar begehren und dann die Erbschaft ausschlagen. Nach dem Tode des A, aber vor der Gestattung des Inventars, wird zu Gunsten des B gepfändet. Ist diese Pfändung gültig?

Das Obergericht hat diese Frage verneinend entschieden, gestützt auf folgende Erwägungen:

1) Daß es zwar als richtig nicht angesehen werden kann, wenn der Beklagte ganz allgemein behauptet, es werde durch den Tod eines betriebenen Schuldners die Vollstreckung gehemmt und könne somit eine Pfändung nicht mehr stattfinden, indem sich dieß weder auf Gesetz noch Uebung gründet, und wenigstens, wo der Verstorbene ab intestato beerbt wird, eben so wenig aus der Natur der Sache folgt, da nach unserem Rechte die Erbschaft von Rechtes wegen und ohne daß es eines Antrittes bedürfte, auf die durch das Gesetz Berufenen übergeht, die Erben aber in allen nicht

Digitized by Google

rein an die Person des Erblassers geknüpften Verhältnissen in seine Rechte und Pflichten eintreten; —

2) daß dessen ungeachtet aber die Einsprache gegen das durch eine erst nach dem Tode des Betriebenen stattgefundene Pfändung entstandene Pfandrecht begründet ist, weil die Verlassenschaft von den Erben rechtzeitig oder doch, ohne daß von irgend Jemanden dagegen wäre Einwendung erhoben worden, ausgeschlagen wurde, somit also die Sache in eine Lage gekommen ist, welche jede rechtliche Veränderung der Verlassenschaft, also namentlich auch die Verbesserung der Stellung der einen Gläubiger im Verhältnisse zu den andern, unmöglich gemacht hat, wie denn auch eben wegen der erfolgten Ausschlagung und dadurch nöthig gewordenen Eröffnung des Concurses über die Verlassenschaft von dem Augenblicke des Todes des Betriebenen an Niemand mehr vorhanden war, gegen welchen eine Vollstreckung hätte stattfinden können; —

3) daß, wenn man dann klägerischer Seits sich auf angeblich entgegenstehende Präjudicien in Sachen Mahler vom 28. Mai 1840 und Ernst-Wieser vom 9. Nov. 1848 beruft, dieß ganz mit Unrecht geschieht, indem, was den letztern Fall anbetrifft, es sich nicht darum, ob das seit dem Tode des Erblassers (Ernst, Vater) Geschehene gültig und im Stande gewesen sei, die Stellung der einen Gläubiger zu den andern zu verändern, gehandelt hat, sondern lediglich darum, ob in gewissen Handlungen des Ernst-Wieser eine Erbantretung und somit der Verlust des Rechtes der Ausschlagung liege, wobei so sehr darauf, daß kein Betheiligter sich rechtlich besser oder schlechter stehe, als dieß zur Zeit des Todes des Schuldners der Fall gewesen wäre, gehalten wurde, daß Ernst-Wieser zu vollständiger Entschädigung aller derjenigen Personen, über deren Eigenthum er, wiewol nicht in der Meinung, sich als Erbe, sondern nur als Verwalter der Masse zu geriren, verfügt hatte, ist verfällt worden, während — mit

Digitized by Google

Hinsicht auf den Mahler'schen Fall, in welchem ausgesprochen wurde, daß nach Gestattung der Rechtswohlthat des gerichtlichen Inventars bis zu der dießfälligen Erklärung der Erben über Antritt oder Ausschlagung der Rechtstrieb zu hemmen sei — die Unstatthaftigkeit des darauf gegründeten Schlusses, also sei doch in der Zwischenzeit vom Tode bis zur Bewilligung des Inventars der Rechtstrieb nicht nur zulässig, sondern auf den Fall eines spätern Ausschlages gültig und wirksam, von selbst einleuchtet, da aus der Unzulässigkeit des Einen noch nicht die Zulässigkeit von etwas ganz Anderm, was in dem erwähnten Prozesse gar nicht zur Sprache kam und worüber das Gericht daher auch keine Veranlassung hatte, sich auszusprechen, folgt. (Civilpr. vom 24. Febr. 1849 i. S. Bülach c. Müller.)

---

21. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Auf Ansuchen der Frau Anna Keller, geb. Haug, im Hinteracker bei Bubikon, welche nach ihrer Angabe von ihrem Ehemanne, dem Recurrenten (Jacob Keller von Fischenthal), aus dem Hause gejagt worden sei und deßhalb von ihm getrennt lebe, habe das Bezirksgericht Winterthür, da Recurrent zugegeben, „daß seine Frau mit seiner Einwilligung von ihm getrennt lebe" unter dem 12. v. M. beschlossen: „Es sei derselbe verpflichtet, die seiner Frau gehörenden Kleider derselben herauszugeben und schuldig, vom 28. November v. J. (dem Datum der Gesuchschrift) an für so lange, als nicht die zwischen den Litiganten bestehende Ehe durch gerichtliches Urtheil aufgehoben sei, seiner Frau zu ihrem Unterhalte wöchentlich 1 fl. zu verabreichen"; —

B. Ueber diesen Beschluß beschwere sich Recurrent und behaupte,

1) das Bezirksgericht Winterthur sei zur Fassung desselben gar nicht competent, indem Ehesachen und Paternitätsfälle vor die heimatlichen Gerichte gehören, —

Digitized by Google

2) die Bedingungen für Festsetzung eines Unterhaltungsbeitrages seien nicht vorhanden, indem seine Ehefrau freiwillig und ohne Veranlassung das Haus verlassen habe, auch jede Mißhandlung, überhaupt jede Gefahr für Leben oder Gesundheit derselben, so wie das vom Bezirksgerichte angenommene Zugeständniß von ihm bestritten werde und überdieß eine Scheidungsklage nicht vorliege; —

C. Herr Proc. Billiter, Namens der Frau Keller, halte die Einrede der Incompetenz für unrichtig und das gestellte Begehren, obschon sie (die Recursin) einstweilen nicht auf Scheidung klagen möge, für gerechtfertigt, weil ihre Entfernung von dem Recurrenten eine Folge grober Mißhandlungen und Drohungen sei, derselbe ihr die Rückkehr nicht gestattete und erstinstanzlich zugegeben habe, daß er mit ihrer Entfernung einverstanden sei; —

D. Das Bezirksgericht erkläre, daß es sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehe:: —

in Erwägung:

1) Daß es unrichtig ist, wenn der Anwalt des Recurrenten bestreitet, daß das Bezirksgericht Winterthur zur Erlassung des Beschlusses competent gewesen sei, da, wenn die Eheleute hiesige Angehörige und im hiesigen Canton wohnhaft sind, das hiesige Gericht des Wohnortes der Eheleute und nicht dasjenige des Heimatsortes für Ehesachen das competente ist, was sich schon aus §. 74 Lemma 1 des organischen Gesetzes über das Gerichtswesen ergibt, da hier die Abweichungen in Behandlung der Ehesachen und der Civilprozesse aufgezählt werden, und nun gar keine Rede ist, daß erstere vor das Gericht des Heimatsortes und nicht vor das sonst in der Regel competente des Wohnortes gehören, — zudem dieß auch hervorgeht aus den Bestimmungen des §. 44 der Stillstandsordnung, da das Pfarramt und der Stillstand, resp. die Bezirkskirchenpflege des Wohnortes der Eheleute, für Ehestreitigkeiten, beziehungsweise bei Ehescheidungsbegehren zur Vornahme der

Digitized by Google

Sühnversuche competent sind und sodann vom Stillstande des Wohnortes die Weisung an das Bezirksgericht zu machen ist (§. 23 l. c.), unter welchem letztern, da etwas Anderes nicht bemerkt ist, ein anderes als wieder dasjenige des Wohnortes nicht verstanden sein kann; —

2) daß eventuell gegen den Beschluß Beschwerde insoweit erhoben ist, als nach demselben der Ehemann seiner Frau einen wöchentlichen Unterhaltungsbeitrag von 1 fl. zu verabreichen hat, und nun dieser Beschluß nicht richtig ist, da vorerst von Anwendung des §. 108 des Matrimonialgesetzes gegenwärtig wenigstens keine Rede sein kann, weil die Ehefrau selbst erklärt, für einstweilen auf Ehescheidung nicht klagen zu wollen, sodann dafür, daß sie sich mit Grund vom Ehemanne entfernt habe oder daß sie habe zurückkehren, er sie aber nicht habe aufnehmen wollen, gar Nichts vorliegt; wenn sie sich aber darauf beruft, der Ehemann habe Nichts dagegen, daß sie von ihm getrennt lebe, hieraus allein eine Verpflichtung desselben, für ihren Unterhalt außer seinem Hause zu sorgen oder dazu beizutragen, nicht folgt:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet und der bezirksgerichtliche Beschluß hinsichtlich des fraglichen Unterhaltungsbeitrages aufgehoben; —

2. Trage die Recursin die Kosten. (Justizpr. vom 3. März 1849, Nr. 8.)

---

22. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. In Sachen des Jacob Spiller, Bäckers in Elgg, provisorisch bestellten Vormundes des Recurrenten (Rudolf Oehninger, Metzger in Elgg), Beklagten, betreffend Bevormundung, habe das Bezirksgericht unter dem 2. v. M. dem Letztern aufgegeben, die Auslagen, welche durch Abnahme der von ihm anerbotenen Beweise veran-

Digitized by Google

laßt werden, mittelst Einreichung einer Real- oder Personalcaution im Betrage von 64 Fr. binnen peremtorischer Frist unter Androhung des Verzichtes auf die fraglichen Beweismittel zu vertrösten, da der Gemeinderath Elgg bezeuge, daß die gegenwärtigen Vermögensverhältnisse des Oehninger das Hinterlegen des benannten Betrages in Baar unmöglich machen, und sodann unter dem 9. v. M. auch das Gesuch des Recurrenten, daß die Cautionsleistung dem Kläger aufgelegt werde, abgewiesen; —

B. Hierüber beschwere sich Recurrent und verlange,

1) daß die Leistung der fraglichen Caution dem Kläger aufgegeben werde, da dieser sein Vermögen besitze und ihm (dem Recurrenten) in seinem gegenwärtigen Zustande natürlich Niemand Bürgschaft leisten wolle, er daher die Caution unmöglich selbst bestellen könne;

2) eventuell daß das Bezirksgericht die angebotenen Beweise ohne Kostenvertröstung abnehme, indem es hiezu in Bevogtigungs-, gleich wie in Polizeiprozessen von Amtes wegen verpflichtet sei; —

C. Das Bezirksgericht Winterthur halte die recurrirte Verfügung für gerechtfertigt, weil die fraglichen Beweismittel von dem Recurrenten angerufen worden seien und die bießfälligen Kosten nicht der Gerichtskasse überbunden werden dürften; —

D. Aus dem von dem Bezirksgerichte eingesandten gemeinderäthlichen Inventare über den Vermögenszustand des Recurrenten vom 27. Juni v. J. gehe hervor, daß dieser ein reines Vermögen von 988 fl. 10 ß. besitze:: —

in Erwägung:

1) Daß, wenn in Prozessen betreffend Bevormundung wegen Verschwendung das Vermögen des Beklagten hinreicht zur Cautionsbestellung für die bei der Abnahme von Beweisen, welche der Beklagte angeboten hat, bevorstehenden Baarauslagen, was hier gemäß Fact. D offenbar der Fall ist, dieselbe dem vorläufig er-

Digitized by Google

nannten Vogt binnen Frist und unter der Androhung, daß sonst der Beweis für geführt angesehen würde, aufzugeben ist, da davon, daß die Cautionsbestellung dem Beklagten unter der Androhung des Verzichtes auf den von ihm angebotenen Beweis aufgegeben werde, doch wol keine Rede sein kann, da ja sein für dieselbe an sich zureichendes Vermögen seiner Verfügung entzogen ist und in Verwahrung der Vormundschaftsbehörden liegt; wenn man aber sagen wollte, dieß sei gleichgültig, der Beklagte könne nun zusehen, wer für ihn Bürgschaft leiste oder ihm den vorzuschießenden Betrag darleihe, und finde er Niemanden, so werde eben der von ihm angebotene Beweis nicht abgenommen, dieß durchaus unrichtig wäre, da gemäß §§. 8—11 des Vormundschaftsgesetzes auch in solchen Prozessen dem Beklagten die Befugniß zur Wahrung der von ihm behaupteten Rechte weder entzogen noch verkümmert werden darf, dieß nun aber eintreten müßte, wenn die Cautionsbestellung ihm anstatt dem vorläufig ernannten Vogt aufgelegt würde; —

2) daß übrigens hiebei sich von selbst versteht, daß auf dießfällige, vom Beklagten angebotene Beweise die Gerichte überhaupt nicht eintreten werden, sofern sich dieselben als offenbar unerheblich darstellen sollten, worauf indessen nach Maßgabe der vorliegenden Acten hierorts jetzt nicht einzugehen ist; —

3) daß endlich auch darauf jetzt nicht einzutreten ist, wie zu verfahren sei, wenn vorliegt, daß das Vermögen des Beklagten überhaupt zur Cautionsbestellung für die bestehenden Baarauslagen bei Abnahme eines von ihm angebotenen Beweises nicht zureichend sein sollte, da dieser Fall hier gar nicht vorhanden ist:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs begründet, der recurrirte Beschluß aufgehoben und das Bezirksgericht Winterthur angewiesen, im Sinne der Erwägungen zu verfahren; —

Digitized by Google

2. Trage Recurrent die Ausfertigungsgebühren. (Justizprot. vom 5. März 1849, Nr. 2.)

---

23. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. In dem Concurse des Jacob Furrer, jünger, von Pfäffikon, so wie in demjenigen des Ludwig Raimann in Ohringen habe die Recurrentin (hiesige Bank) seinerzeit bei Anmeldung ihrer Forderungen auf die hiefür bei ihr verpfändeten Schuldbriefe, so wie auf die dabei ausstehenden Zinse ein Pfandrecht angesprochen und sodann im Januar d. J. folgende Begehren gestellt:

1) beim Bezirksgerichte Pfäffikon, daß ihr mit Bezug auf den Furrer'schen Concurs zur Betreibung ihres solidaren Mitschuldners, des Herrn Furrer-Stucki in Pfäffikon, Ermächtigung ertheilt und bei Nichteinlösung der Faustpfande die Versilberung derselben bewilligt werden möchte;

2) beim Bezirksgerichte Winterthur, daß die Notariatskanzlei Oberwinterthur angewiesen werde, die Zinse von den bei ihr (der Recurrentin) verpfändeten Schuldbriefen einzuziehen;

sei aber mit diesem Begehren vom Bezirksgerichte Pfäffikon unter dem 30. Januar d. J. und vom Bezirksgerichte Winterthur unter dem 12. d. M. abgewiesen worden, indem

ad 1) es nicht Sache des Gerichtes sei, der Recurrentin irgend welche Rechte gegenüber ihrem solventen Mitschuldner, Hrn. Furrer-Stucki, zu ertheilen, —

ad 2) nicht nachgewiesen sei, daß der Eigenthümer der von Raimann verpfändeten Schuldtitel (Herr Egg von Ellikon) demselben auch Bewilligung zur Verpfändung der ausstehenden Zinse ertheilt habe, oder daß diese wirklich mitverpfändet worden seien; —

Digitized by Google

B. Ueber diese Beschlüsse beschwere sich Recurrentin und verlange, daß sowol die Notariatskanzlei Oberwinterthur als auch diejenige von Pfäffikon angewiesen werde, die Zinse von den in den benannten Concursen angemeldeten Faustpfanden einzuziehen und nicht, wie es bisher geschehen, den Vindicanten und andern Ansprechern zu überlassen, indem die betreffenden Capitalien, gleichviel ob sie Eigenthum der Cridare oder dritter Personen seien, Activen der Concursmasse bilden, daher die dießfällige Verwaltung der Notariatskanzlei obliege, auch nur auf diese Weise das Interesse sowol der Pfandgläubiger als der laufenden Creditoren gehörig gewahrt sei, wobei sie im Speciellen noch bemerke:

1) Die Zinse von den von dem Cridaren Furrer verpfändeten Schuldtiteln seien bisher von dem Mitschuldner, Hrn. Furrer-Stucki, und zwar nicht nur zur Hälfte, sondern im Ganzen bezogen worden, und müssen daher von diesem wieder zurückgefordert werden;
2) von dem Vindicanten, Hrn. Egg in Elikon, sei in dem Raimann'schen Concurse das auf die fraglichen Zinse angesprochene Pfandrecht nicht bestritten, sondern nur ein Vorbehalt über die Auslösung der Schuldtitel zu Protokoll gegeben worden; überdieß sei eine Massaverwaltung in dem gewünschten Sinne auch auf den Fall nothwendig, daß das angesprochene Pfandrecht bestritten oder die vorbehaltene Auslösung nicht vorgenommen würde; —

C. Die Notariatskanzlei Pfäffikon berichte, sie habe bisher noch in keinem Concurse Zinsen von den bei dritten Personen verpfändeten Schuldtiteln bezogen, also auch nicht in dem Furrer'schen Concurse, und zwar weder von denjenigen, die Herr Furrer-Stucki als Eigenthum anspreche, noch von denjenigen, die Eigenthum des Cridars seien; zudem befinde sie sich gegenwärtig nicht im Besitze der dießfälligen Zinsbücher, weil dieselben zu den Criminalacten in Sachen des Cridars gezogen worden seien; —

D. Die Notariatskanzlei Oberwinterthur halte dafür, daß die Zinse

Digitized by Google

von den von dem Cridaren bei Dritten verpfändeten Schuldtiteln, wenn deren Vindication unbestritten bleibe und der Vindicant sich die Auslösung derselben vorbehalte, nicht von dem Verwalter der Concursmasse bezogen werden dürfen; —

E. Die Bezirksgerichte Pfäffikon und Winterthur erklären, daß sie sich zu einem Berichte nicht veranlaßt sehen:: —

in Erwägung:

1) Daß gemäß der an sämmtliche Bezirksgerichte für sich und zu Handen der unter ihrer Aufsicht stehenden Notare unter dem 14. November 1837 erlassenen Anleitung dieselben verpflichtet sind, nach Eröffnung eines Concurses sich bestmöglichst der Masse, die während desselben unter ihrer amtlichen Aufsicht und Obsorge steht, anzunehmen und so viel an ihnen liegt, auf Förderung ihres Nutzens und Abwendung ihres Schadens bedacht zu sein, insbesondere aber und zunächst den Notariatskanzleien obliegt, hiefür besorgt zu sein, und entweder von sich aus die geeigneten Maßnahmen eintreten zu lassen, oder ohne Verzug die deßhalb erforderlich erachteten Anträge bei dem Bezirksgerichte zu stellen; —
2) daß namentlich auch (nöthigenfalls durch Bestellung eines besondern Massaverwalters) für den Einzug, resp. die provisorische Sicherstellung, von Forderungen zu sorgen ist, welche fällig sind und die entweder durch längeres Zuwarten verloren gehen könnten oder deren Liquidirung sonst im Interesse der Masse, resp. der betreffenden Züger, liegt, in welche Klasse auch Zinsen von grundversicherten Forderungen gehören, die aus dem Zinsbuche oder andern Scripturen des Cridars ersichtlich sind und deren Anschwellen während der oft langen Dauer eines Concurses zu verhüten ist; —
3) daß daher im vorliegenden Falle, wo nach dem Berichte der Notariatskanzlei Pfäffikon Zinsbücher des Cridars sich vorgefunden haben, der Erstern obgelegen hätte, im Sinne der Erw. 2 zu verfahren und zu diesem Ende hin sich über die Rückgabe dieser

Digitized by Google

Zinsbücher mit dem Cantonalverhöramte in's Einverständniß zu setzen, weßhalb denn auch das dießfalls Geeignete hinsichtlich allfällig von Seite einer dritten Person stattgehabter unbefugter Eingriffe sofort anzuordnen ist; —

4) daß dagegen dem Concursgerichte, resp. der betreffenden Notariatskanzlei keineswegs obliegt, von Amtes wegen für den Einzug, resp. die provisorische Sicherstellung, der Zinsen auch von solchen Schuldbriefen besorgt zu sein, welche von dritten Personen dem Cridar anvertraut und von diesem — sei es mit oder ohne Einwilligung der Erstern — nebst den dabei ausstehenden Zinsen verpfändet worden sind, sondern vielmehr dem betreffenden Faustpfandgläubiger zu überlassen ist, behufs provisorischer Sicherung der Realisirung seines Pfandrechtes an derartigen Zinsen auf den Fall, daß solches entweder gerichtlich gutgeheißen oder von dem Eigenthümer der Forderung freiwillig anerkannt würde, ein geeignetes Gesuch bei dem zuständigen Gerichte anzubringen, welches alsdann auch dem betreffenden Vindicanten Gelegenheit geben wird, seine Rechte zu wahren; —

5) daß demnach die Beschwerde der Bank betreffend die Notariatskanzlei Pfäffikon nur insoweit, als dieselbe den Einzug der Zinsen von den dem Cridar laut dessen Zinsbüchern wirklich zustehenden grundversicherten Forderungen unterlassen hat, begründet ist, während dagegen der Notariatskanzlei Oberwinterthur eine Versäumniß in der sie betreffenden Beziehung nicht zur Last fällt:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei der Recurs betreffend das Bezirksgericht, resp. die Notariatskanzlei Pfäffikon, zum Theil begründet und demnach das Bezirksgericht angewiesen, den Herrn Notar Geßner zu beauftragen, unverzüglich für den Bezug der betreffenden Zinsen von grundversicherten Forderungen, welche laut der Auffallsbeschreibung in die Furrer'sche Concursmasse gehören, im Sinne der Erwägungen zu sorgen, insbe-

Digitized by Google

sondere die geeignete Untersuchung anzustellen, ob und welche derartigen Zinsen von Joh. Furrer-Stucki eigenmächtig bezogen worden seien, und denselben zu deren sofortiger Rückerstattung an die Masse anzuhalten; —

2. Sei im Uebrigen der Recurrentin überlassen, im Sinne der Erw. 3 zu verfahren; —

3. Sei der Recurs betreffend das Bezirksgericht Winterthur, resp. die Notariatskanzlei Oberwinterthur, unbegründet; —

4. Seien die dießfälligen Ausfertigungskosten der Recurrentin aufgelegt. (Justizprot. vom 13. März 1849, Nr. 3.)

---

24. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Herr alt Gemeinderath Pfenninger im Ryhner zu Stäfa, welcher neben einer Wiese des Recurrenten ebenfalls eine solche besitze, habe dem Zunftgerichte Stäfa eine Weisung über folgende Rechtsfragen eingereicht:

1) Ob der Kläger berechtigt sei, seine im Ryhner gelegene Hauswiese wie bisher und gemäß eines im Jahre 1816 abgeschlossenen Brudertheilungsvertrages zu benutzen?

2) Ob nicht der Beklagte verpflichtet sei, gemäß jener Brudertheilung sich aller neuen Einrichtungen, wodurch dem Kläger Schaden zugefügt würde, wie besonders des Setzens von mehr als bisher vorhanden gewesenen Bäumen und solchen anderer Art und Natur, als die bisher gehabten, längs der Gütergrenze zu enthalten? —

B. Bei den hierauf stattgefundenen Verhandlungen habe Recurrent auf das in Beziehung auf die erste Rechtsfrage gestellte Begehren des Klägers, Stützen und Leitern in seinem (des Recurrenten) Lande zur Benutzung von hinüberragenden Obstbäumen stellen zu dürfen, erwiedert, es walte hier kein Streit ob, indem der Kläger noch niemals an der

Digitized by Google

Benutzung seines Eigenthums gehindert worden sei, und mit Bezug auf die zweite Rechtsfrage, hinsichtlich welcher von dem Kläger namentlich Wegschaffung eines zu nahe an seiner Grenze befindlichen Bäumchens verlangt worden sei, behauptet, es mangle hier jedes Streitobject, indem er das fragliche Bäumchen bereits entfernt habe; —

C. Das Zunftgericht habe hierauf diesen Prozeß als erledigt abgeschrieben und die Kosten zu $^1/_5$ dem Kläger und zu $^4/_5$ dem Beklagten auferlegt, und der von beiden Parteien gegen diesen Beschluß mit Bezug auf die Kostenvertheilung ergriffene Recurs sei vom Bezirksgerichte Meilen unter dem 9. v. M. für unbegründet erklärt worden; —

D. Hierüber beschwere sich Recurrent und behaupte,

1) die Kosten hätten gänzlich dem Kläger aufgelegt werden sollen;
2) der Prozeß sei, wie er eingeleitet worden, noch nicht erledigt, indem er einerseits nicht zugebe, daß der Kläger Leitern und Stützen auf sein (des Recurrenten) Land stellen dürfe, anderseits auch jetzt noch das Recht, der Grenze nach Bäume zu pflanzen, für sich in Anspruch nehme:: —

in Erwägung:

1) Daß die Frage, in welchem Verhältniß die Prozeßkosten den Parteien aufzulegen seien, an und für sich eine materielle ist, und daher ein Recurs gegen einen dießfälligen Beschluß des Bezirksgerichtes, welches in dem Prozesse die zweite und letzte Instanz bildete, nur insofern zulässig sein kann, als etwa in dieser an sich materiellen Bestimmung zugleich ein Verstoß gegen die Regeln und Grundsätze des Verfahrens liegen würde, um einen solchen nun aber es sich hier nicht handelt, viermehr Recurrent die dießfällige Bestimmung nur angreift, weil er sie für materiell unrichtig hält, so daß mithin auf den Recurs in dieser Beziehung nicht einzutreten ist; —
2) daß die Beschwerde von Seiten des Recurrenten darüber, daß in der Hauptsache das erstinstanzliche Gericht den Prozeß als erledigt

Digitized by Google

abgeschrieben habe, sich nicht rechtfertigt, da gerade er es war, welcher von Anfang an behauptete, daß über die erste Rechtsfrage kein Streit obwalte, und da hinsichtlich der zweiten Rechtsfrage den jetzigen Gegenstand der Klage nur ein in einer gewissen Nähe von der klägerischen Grenze auf dem Lande des Recurenten vorhanden gewesenes Bäumchen gebildet hatte, welches hierauf Recurrent selbst wegschaffte, während mit Bezug auf den übrigen Inhalt dieser zweiten Rechtsfrage wieder Recurrent es gewesen war, welcher von Anfang an behauptete, daß weiterer Stoff zu einer Klage nicht vorhanden sei:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Finde der Recurs in der einen Beziehung nicht statt, in der andern sei derselbe unbegründet; —

2. Trage Recurrent die Kosten. (Justizpr. vom 13. März 1849. Nr. 6.)

---

25. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Laut Rechtsbotes vom 16. Januar d. J. habe Recurrent den Johannes Senn, Schuster im Löwengäßchen dahier, für eine Forderung von 863 fl. 12 ß. für Lederwaaren betrieben und nach erhaltenem Rechtsvorschlage um Rechtsöffnung nachgesucht und zu diesem Ende hin das Begehren gestellt, daß der Betriebene, welcher sich inzwischen unbekannt wohin entfernt habe, edictaliter zur Geltendmachung allfälliger Einwendungen gegen das Rechtsöffnungsbegehren aufgefordert werden möchte; —

B. Durch Verfügung vom 22. v. M. habe der Präsident des Bezirksgerichtes Zürich dieses Begehren abgewiesen, weil in dem Rechtstriebgesetze ein Edictalverfahren zur Erzielung einer Rechtsöffnung nirgends vorgeschrieben sei, auch die Abtheilung 2 des cit. §. 72 sich offenbar nur auf anerkannte Forderungen und nicht auf solche beziehe,

Digitized by Google

wo die angehobene Betreibung bereits durch Rechtsvorschlag gehemmt worden, wie dieses hier der Fall sei; —

C. Hierüber beschwere sich Recurrent und glaube, da er die Liquidität seiner Forderung durch Urkunden nachweisen könne, so stehe der Entsprechung seines Gesuches um Aufruf des Betriebenen Nichts entgegen, indem eine peremtorische Citation dieser Art ein allgemeines Rechtsmittel sei und daher auch durch §. 64 des Rechtstriebsgesetzes, welcher hierüber gänzlich schweige, nicht als unzulässig erklärt angesehen werden könne:: —

in Erwägung:

Daß bloß daraus, daß das Rechtstriebsgesetz bei Rechtsöffnungsbegehren der Edictalcitation des Betriebenen, welcher Rechtsvorschlag erhoben und sich dann entfernt hat, nicht erwähnt, noch keineswegs folgt, daß eine solche, wenn der Ansprecher sie in seinem Interesse findet und die Kosten dafür vertröstet, nicht zulässig sei, auch innere Gründe, aus denen die Unzulässigkeit derselben mit Nothwendigkeit folgen würde, nicht vorhanden sind, daher der Bezirksgerichtspräsident anzuweisen ist, sofern Recurrent die Kosten vertröstet, dem Begehren desselben, daß der Betriebene edictaliter aufgefordert werde, innerhalb anzusetzender Frist allfällige Einwendungen gegen das Begehren des Recurrenten um Rechtsöffnung für 863 fl. 12 ß. zu erheben, zu entsprechen, wobei dann aber die Androhung nur dahin zu gehen hat, daß sonst auf Grundlage der vorliegenden Acten verfügt würde:: —

durch Stimmenmehrheit beschlossen:

1. Sei der Recurs im Wesentlichen begründet und der Präsident des Bezirksgerichtes Zürich angewiesen, im Sinne der Erwägung zu verfahren; —

2. Trage Recurrent die Ausfertigungsgebühren. (Justizprot. vom 13. März 1849, Nr. 11.)

Digitized by Google

26. Die A. verfügt in ihrem Testamente zu Gunsten ihres Ehemannes, er soll von der (nach dem Kyburger Grafschaftsrechte bestehenden) Verpflichtung, die Erben für das ihnen verfangene Gut sicher zu stellen, befreit sein.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß vorerst sehr in Frage kommen dürfte, ob, wie das Bezirksgericht annimmt, die Absicht der Testatorin wirklich nur dahin gegangen sei, die in Thl. III. §. 7 des Stadt- und Landerbrechtes hinsichtlich der Verpflichtung eines Nutznießers zur Versicherung des Nutznießungsvermögens enthaltenen Bestimmungen zu Gunsten des überlebenden Ehegatten zur Anwendung zu bringen, indem wenigstens der Wortlaut des Testamentes demselben ganz freie Verwaltung gestattet und ihn unbedingt und unbeschränkt von der Verpflichtung, die Erben für das ihnen verfangene Gut sicher zu stellen, befreit, — indeß, wie sich dieß auch verhalte, darauf, ob die in Rede stehende Verfügung dem Stadt- und Landerbrecht entspreche oder nicht, überhaupt Nichts ankommen kann, sobald angenommen werden muß, daß sie nach demjenigen Statute, unter dessen Herrschaft das Testament errichtet wurde und nach welchem der Inhalt desselben zu beurtheilen ist, außer der Befugniß des Testators gelegen habe; —

2) daß nun aber die Ansicht, daß nach dem Kyburger Grafschaftsrechte, welches unbestrittenermaßen im vorliegenden Falle zur Anwendung kommt, einem Ehegatten die Befugniß nicht zustehe, den Ueberlebenden von der Pflicht zu befreien, auf Begehren der Intestaterben das ihnen angefallene, ihm (dem Ueberlebenden) aber zur Nutznießung vermachte Gut, und zwar ganz abgesehen davon, ob eine Gefahr des Verlustes nachgewiesen werden könne oder nicht, sicher zu stellen, wenigstens insoweit, als es sich um Vermögen handelt, das, wie im gegenwärtigen Falle unbedenklich angenom-

Digitized by Google

men werden kann, zum Pflichttheile der Intestaterben gehört, dem Vorzug verdient, zumal der §. 67 des cit. Statutes „den Kindern oder Freunden" der verstorbenen Frau unbeschränkt das Recht gibt, von dem überlebenden Ehemanne zu verlangen, daß er das ihm zugebrachte Gut und Heimsteuer „an Erb und Eigen setze", hienach also, und da die fortdauernde Gültigkeit der eben erwähnten statutarischen Bestimmung in der Weise, daß an die Stelle der besondern Form „des an Erb und Eigen Setzens" eine andere der jetzt üblichen Arten der Sicherstellung tritt, durch eine Reihe obergerichtlicher Entscheidungen anerkannt ist, die jetzt in Rede stehende testamentliche Verfügung einen Eingriff in die selbstständigen Rechte der Erben enthält, welcher um so bedeutender erscheint, als eine Befreiung von der Sicherstellung selbst unter der in cit. §. 7 des Stadt- und Landerbrechtes enthaltenen Beschränkung mit Rücksicht darauf, daß die erst auf den Nachweis einer Gefahr erfolgte Sicherstellung ihren Zweck nicht mehr oder doch nur unvollkommen erreicht, dem ganzen oder theilweisen Entzuge auch desjenigen Theiles der Verlassenschaft, der zum Pflichttheile der Intestaterben gehört und über dessen Substanz mithin der Erblasser überall nicht soll verfügen können, unter Umständen thatsächlich gleichstehen oder ihm sehr nahe kommen würde :: —

mit Einmuth gefunden:

Es sei die Berufung der Kläger zum Theil begründet, diejenige des Beklagten unbegründet, und hierauf

erkannt:

1. Seien die Kläger hinsichtlich der Schenkung mit ihrem Begehren abgewiesen; —

2. Sei hingegen mit Bezug auf die Versicherung ihr Begehren gutgeheißen, somit die Bestimmung des gegenseitigen Testamentes vom 20. März 1847, welche sich auf die Versicherungspflicht bezieht, als

Digitized by Google

ungültig aufgehoben und der Beklagte verpflichtet, den Klägern das ihm nutznießungsweise zufallende Vermögen seiner verstorbenen Ehefrau zu versichern; —

3. Sollen die sämmtlichen erst- und zweitinstanzlichen Prozeßkosten von beiden Parteien zu gleichen Theilen getragen werden. (Civilprot. vom 13. März 1849 i. S. Haggenmacher c. Merz.)

---

27. A verkauft dem B einen Schuldbrief unter „gesetzlicher" Nachwährschaft und unter Angabe eines gar nicht existirenden Schuldners, während der wirkliche Schuldner im Concurse sich befindet.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß, da der Beklagte dem Kläger beim Verkaufe des jetzt in Rede stehenden Schuldbriefes gemäß des unter Nr. 5 bei den Acten liegenden Cessionsscheines nur „gesetzliche" Nachwährschaft geleistet hat, unsere Gesetze aber eine schon von Rechtes wegen eintretende Nachwährschaft für die Güte der Forderungen, also die Zahlungsfähigkeit des Schuldners und Zulänglichkeit der allfälligen Sicherungsmittel, z. B. der Pfande, nicht kennen, der bloße Umstand allein, daß der Schuldner der cedirten Forderung zur Zeit der Cession bereits im Concurse sich befand, zu Begründung der angestellten Klage um Wiederaufhebung des Kaufes und daherige Rückerstattung des Kaufpreises nebst Zinsen gegen Rückcession des Schuldbriefes nicht hinreichen würde, wie denn auch, gestützt auf Thl. VII. §. 18 des Stadt- und Landrechtes, verbis: „Welchem Schuldbriefe zu kaufen . . . gegeben werden wollen, soll die Obliegenheit haben, entweder selbst oder durch andere verständige Leute die Briefe zu erdauern und in den Kanzleien nachzufragen, ob selbige die wahre Originale und annehmlich oder nicht", das Obergericht in dem in Sachen Bühler c. ihn (den

Digitized by Google

Beklagten) unter dem 17. Februar 1848 ausgefällten Urtheile davon ausgegangen ist, daß es Sache des Käufers eines Schuldbriefes sei, mit Bezug auf die Person des Schuldners, also auch, ob er noch aufrechtstehend sei oder nicht, die geeigneten Erkundigungen einzuziehen; —

2) daß, wenn indeß auch der nach Erw. 1 allerdings an sich nicht zureichende Umstand, daß Derjenige, der sich als der wirkliche Briefschuldner herausgestellt hat, zur Zeit der Cession schon sich im Concurse befand, den Kläger zu Anhebung der Klage bewogen haben mochte, er doch sein Rechtsbegehren nicht hierauf und auf eine allfällige Verpflichtung des Beklagten zur Gewährleistung für die Güte des Schuldbriefes und die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, sondern gemäß seiner ausdrücklichen Erklärung vor erster und zweiter Instanz auf die unbezweifelte Verbindlichkeit eines Cedenten zur Gewährung des Daseins der cedirten Forderung und die bei dem Kaufsgeschäfte von Seite des Beklagten geübte Arglist gegründet hat, in dieser Beziehung aber die Klage vorerst im Allgemeinen als gerechtfertigt sich darstellt, weil nicht nur nach dem Inhalte des Cessionsscheines für den Kläger eine (grundversicherte) Forderung, welche „dato von Jacob Poli und Mithaften auf Wappenschweil, Pfarre Bäretschweil, verzinset werde" — Gegenstand des Kaufgeschäftes war, während es aller Wahrscheinlichkeit nach (Act. 6) einen solchen Jacob Poli (oder Booli) gar nicht einmal gibt und jedenfalls derselbe weder alleiniger Schuldner noch Trager oder auch nur Einzinser ist oder damals war, mithin (verschieden von dem Falle, wo etwa ein alter Schuldbrief bloß mit Bezeichnung des ursprünglichen, aber ohne Angabe des jetzigen Schuldners verkauft und dadurch der Erwerber auf die Ausmittelung des jetzigen hingewiesen wird) eine Forderung, wie sie cedirt wurde, wirklich gar nicht existirte, sondern, wenn man dieß unter andern Umständen, sofern nur

Digitized by Google

überhaupt noch ein Schuldner auszumitteln ist, und sich nicht ergibt, daß der Erwerber gerade auf die Person des ihm (unrichtig) bezeichneten Schuldners Werth gelegt habe, als zu Anfechtung des Geschäftes genügend anzusehen nicht geneigt sein möchte, im vorliegenden Falle noch hinzukommt, daß von dem Beklagten bei dem Verkaufe offenbar arglistig gehandelt wurde, und daher die Bestimmung des cit. §. 18, Thl. VII. des Stadt- und Landrechtes, wonach ein Schuldbrief „dem Verkäufer wieder heimgeschlagen werden mag", sofern sich bei dem Verkaufe „Gefahr und Betrug hervorgethan haben", volle Anwendung findet, indem er wissentlich dem Kläger einen nicht existirenden oder doch einen unrechten Schuldner angab, ferner in der Cession auf eine (dem Gläubiger ebenfalls größere Sicherheit gewährende) Einzinserei, welche, da gemäß Act. 9 und Jucker'sches Auffallsprotokoll, S. 52 u. 63, Nr. 156 u. 194, die Gebrüder Jucker die ganze Schuld verzinsten, ebenfalls nicht existirt, hinwies und endlich dieß that, um den Beklagten zum Kaufe eines Schuldbriefes zu verleiten, der zwar dem äußern Anscheine nach mit völlig hinreichenden und sogar überflüssigen Unterpfanden versehen war, der jedoch im Concurse lag, dessen Unterpfande zum größten Theile und bis auf etwa 6½ Vierling Land, auf welchen noch überdieß 87 fl. an größere Briefe vorstehen, zur Zeit noch nicht aufgefunden sind (Act. 9) und welcher nach Act. 8 wahrscheinlich zum Zuge kommt (zumal ein von dem Bezirksgerichte in seinen Erwägungen angeführter entgegengesetzter Bericht des Notars wenigstens nicht bei den Acten zu finden ist); —

3) daß nämlich diese in der vorhergehenden Erwägung erwähnte Arglist des Beklagten zu völliger Ueberzeugung des Richters hervorgeht aus der Verbindung nachfolgender Verhältnisse,

a) daß Beklagter den fraglichen Schuldbrief von dem früheren Inhaber, Herrn Arzt Angst, nur 14 Tage vor dem Wieder-

Digitized by Google

verkaufe an den Kläger erworben hat und ihm in der dießfälligen Cession vom 3. Februar 1848 (Act. 18) der jetzige Zinser gar nicht ist bezeichnet worden, während er in dem von ihm ausgestellten Cessionsscheine vom 17. gl. M. einen angeblichen „Jacob Poli und Mithafte“ benennt, ohne

b) auch nur angeben, geschweige denn nachweisen zu können, woher er in der Zwischenzeit von 14 Tagen von der angeblichen Schuldnerschaft des Poli Kenntniß erhalten habe, ferner

c) Herr Angst in seiner Einvernahme ausdrücklich bezeugt: „nachdem er (Herr Angst) die dießfällige Forderung in den Concurs der Gebrüder Jucker (der wirklichen Schuldner) eingegeben, sei Beklagter zu ihm gekommen, habe ihm bemerkt, er (der Beklagte) habe in der Kanzlei gesehen, daß er (Herr Angst) an die Jucker eine Forderung zu machen habe, auch er (Beklagter) habe eine Eingabe gemacht, wünsche nun diesen (den jetzt in Rede stehenden) Brief von ihm (Hrn. Angst) zu übernehmen, indem er (Beklagter) vielleicht den Zug thun werde. — — Später, nachdem der Fall immer verwickelter geworden sei, habe er den Brief dem Beklagten für 200 fl. (ohne Zinsvergütung) gegeben“, — eine Aussage, die freilich diejenige eines einzelnen Zeugen ist, jedoch, soweit sie sich darauf bezieht, daß Beklagter schon damals gewußt hat, daß die in Concurs gerathenen Gebrüder Jucker und nicht ein angeblicher Poli und Mithafte die Briefschuldner seien, unterstützt und somit die letztere in dem Cessionsscheine für den Kläger enthaltene Angabe als eine wissentlich unwahre und böswillige hergestellt wird dadurch, daß

d) der Beklagte mit seinem Bruder in dem Auffalle der Gebrüder Jucker, deren Verrechtfertigung gemäß des Auffallsprotokolls schon am 22. September 1847, also 4 bis 5 Monate vor

Digitized by Google

dem Erwerbe und der Wiederveräußerung des streitigen Schuldbriefes stattgefunden hatte, sehr stark und mit einer großen Anzahl, namentlich auch grundversicherter Forderungen (Auffallsinventar, Passiven Nr. 105, 112, 115, 130, 150, 178, 183 und 192) betheiligt war, hiedurch die dringendste Veranlassung hatte, sich um die obwaltenden Verhältnisse, besonders die vorhandenen Grundstücke und die darauf angemeldeten Forderungen zu bekümmern, wie er denn auch eine ziemliche Zahl von Erklärungen aller Art abgeben ließ, — und das Bedenken, daß er keinen besondern Grund gehabt habe, sich gerade um die jetzt in Rede stehende Forderung und deren Unterpfande zu bekümmern und dieselbe ihm daher, wie vielleicht noch vielen andern Jucker'schen Creditoren, entgangen sein könnte, dadurch seine Bedeutung verliert, daß nur durch seine Kenntniß der obwaltenden Verhältnisse erklärlich wird, wie er (ein unzweifelhaft in derartigen Geschäften sehr gewandter Mann) noch im Februar von Herrn Angst einen sehr alten Schuldbrief ankaufen konnte, ohne sich, wie er behauptet (Appellationsrecess S. 11), den gegenwärtigen Schuldner und Zinser angeben zu lassen, somit Gefahr zu laufen, viel Zeit, Mühe und Kosten und vielleicht erfolglos, auf Ermittelung desselben verwenden zu müssen; —

4) daß, sobald nun aber nach dem Bisherigen die Berechtigung des Klägers, den erkauften Brief dem Verkäufer „wieder heimzuschlagen", angenommen werden muß, dann über die Größe des gegen Rückgabe des Instrumentes dem Kläger zu ersetzenden Betrages in Capital und Zinsen nicht weiter eingetreten zu werden braucht, weil eventuell gegen den von dem Kläger geforderten keine Einwendung erhoben worden ist :: —

mit Einmuth gefunden:

Es sei die Berufung des Klägers begründet, und demnach

erkannt:

Digitized by Google

1. Sei der Beklagte schuldig, dem Kläger 259 fl. 11 ß. nebst Zins von 200 fl. zu 5 % von Mai 1848 an gegen Rückerstattung des an letztern abgetretenen Schuldbriefes von 200 fl. auf Math. Pfenninger im Waltensperg zu bezahlen; —

2. Habe der Beklagte die sämmtlichen erst- und zweitinstanzlichen Kosten und an den Kläger eine prozessualische Entschädigung von 32 Fr. zu bezahlen; —

3. Sei die von dem Bezirksgerichte dem Beklagten gesprochene Entschädigung aufgehoben. (Civilprot. vom 13. März 1849 i. S. Honegger c. Furrer.)

---

28. Das Obergericht hat,

da sich ergeben:

A. Eine gewisse Elisabetha Meier, welche nach eigener Angabe bald da bald dort sich aufhalte und von Wiedikon gebürtig sei, auch in einer Niederlassungsbewilligung des Gemeinderathes Fluntern vom 22. Juli 1845 als Bürgerin der Gemeinde Wiedikon bezeichnet werde, sei beschuldigt, in Altendorf, Canton Schwyz, einen Diebstal verübt, resp. an der Verübung eines solchen Theil genommen zu haben; —

B. Das Statthalteramt Horgen, in dessen Amtskreis die Angeschuldigte ergriffen worden sei, habe, da die Behörden des Cantons Schwyz die Beurtheilung der Meier ablehnen, die Letztere dem Statthalteramte Zürich und dieses den Fall dem Bezirksgerichte Zürich überwiesen; —

C. Das Bezirksgericht Zürich habe durch Beschluß vom 7. d. M. die Anhandnahme dieses Falles verweigert, weil, da die Behörden des Cantons Schwyz die Beurtheilung der Meier ablehnen, der Gerichtsstand der Ergreifung zur Anwendung komme, indem in unserm Rechte das forum originis unbekannt sei, zudem zur Zeit nicht einmal vor-

Digitized by Google

liege, daß die Angeschuldigte in dem Gerichtskreise Zürich verbürgert sei; —

D. Der Staatsanwalt trage darauf an, daß das Bezirksgericht Zürich angewiesen werde, die Sache an Hand zu nehmen, weil

1) die eigene Angabe der Angeschuldigten, so wie die Niederlassungsbewilligung zur Herstellung des Umstandes, daß jene von Wiedikon gebürtig sei, wenigstens so lange genügen, als für das Gegentheil Nichts vorliege;
2) abgesehen davon, daß es noch zweifelhaft sei, ob in unserm Rechte der Gerichtsstand der Ergreifung anerkannt werde, die Praxis jedenfalls neben dem Gerichtsstande der begangenen That auch denjenigen des Wohnortes, wenigstens für gewisse Fälle, aufstelle;
3) in dem Falle, wo, wie hier, die Angeschuldigte keinen bestimmten Wohnort habe, nach allgemeinen Rechtsregeln der Heimatsort als Wohnort zu betrachten sei:: —

in Erwägung:

1) Daß aus dem Inhalte der Niederlassungsbewilligung (Fact. A) in Verbindung mit der Angabe der Angeschuldigten selbst hervorgeht, daß dieselbe zürcherische Cantonsangehörige, und zwar von Wiedikon, Bezirks Zürich, ist; —
2) daß ferner anzunehmen ist, es werde von den Behörden des Cantons Schwyz, in welchem Cantone der Diebstal, an dem die Angeschuldigte Theil genommen haben soll, verübt wurde, eine Auslieferung nicht verlangt, zudem übrigens von einer solchen, selbst wenn ein dießfälliges Begehren gestellt würde, wol keine Rede sein könnte, da es sich nicht um ein Criminalverbrechen handelt, mithin das Concordat vom 8. Juni 1809, bestätigt den 18. Juli 1818, keine Anwendung fände, also nur noch die Anwendung des Concordates vom 7. Juni 1810, bestätigt den 9. Juli 1818, in Frage kommen würde, nach diesem aber gemäß der Erläuterung vom 27. Juli 1840, welcher die Stände Zürich und Schwyz beigetreten sind, Auslieferung nicht einzutreten hätte; —

Digitized by Google

3) daß, da gemäß §. 2 b des Strafgesetzbuches über das Bestrafungsrecht der hiesigen Gerichte mit Bezug auf von hiesigen Cantonsangehörigen außer dem Cantone verübte Verbrechen oder Vergehen kein Zweifel sein kann, sich nur noch fragt, welches Bezirksgericht des hiesigen Cantons (darüber nämlich, daß das Vergehen an sich in die bezirksgerichtliche Competenz und nicht in die zunftgerichtliche falle, ist wieder kein Zweifel) das competente sei; —

4) daß dieses das Gericht des Wohnsitzes oder, da die Angeschuldigte eines solchen ermangelt, dasjenige der Herkunft, also das Bezirksgericht Zürich ist, es wäre denn, daß hinsichtlich des Gerichtsstandes der Betretung bereits Prävention eingetreten wäre, letzteres nun aber nicht der Fall ist, da das Bezirksgericht Horgen, in dessen Kreis die Angeschuldigte vom dortigen Statthalteramte ergriffen wurde, bis dahin in der Sache noch gar nicht gehandelt hat, vielmehr das Statthalteramt Horgen die Angeschuldigte sofort dem Statthalteramte Zürich hat zuführen lassen:: —

mit Einmuth beschlossen:

Sei der Recurs begründet und das Bezirksgericht Zürich angewiesen, die Sache an Hand zu nehmen. (Justizpr. vom 17. März 1849, Nr. 9.)

---

29. Auszug aus den Erwägungen des obergerichtlichen Urtheils vom 22. März 1849 in Sachen Lätsch betreffend böswillige Eigenthumsschädigung.

(NB. Der Angeschuldigte nebst einigen Genossen standen im Verdachte, zur Zeit der Occupation der Stadt Luzern durch eidgenössische Truppen einen der in dem Stadtgraben aufbewahrten Hirsche getödtet zu haben.)

Daß, was vorerst die von dem Vertheidiger des Angeschuldigten zwar erst vor zweiter Instanz versuchte Anfechtung der Zuständigkeit der Civilstrafgerichte des hiesigen Cantons anbetrifft, dieselbe

Digitized by Google

als begründet nicht angesehen werden kann, indem der §. 201, Satz 1 des Strafgesetzbuches für die eidgenössischen Truppen verfügt, „daß Verbrechen, welche zwar während des eidgenössischen Dienstes begangen, aber im Augenblicke des Austrittes des Thäters aus diesem Dienste noch bei keinem eidgenössischen Gerichte rechtsanhängig waren, durch die competenten Behörden des Cantons untersucht und beurtheilt werden sollen, unter dessen Truppen der Angeschuldigte während des eidgenössischen Dienstes gestanden", — und nun diese Bedingungen der Zuständigkeit der hierseitigen Gerichte im vorliegenden Falle vorhanden sind, da darüber, daß Lätsch zu der Zeit, als das in Frage stehende Vergehen verübt worden sein soll, sich unter den im eidgenössischen Dienste gestandenen Truppen des Cantons Zürich befunden habe, kein Zweifel obwaltet, aber auch ferner angenommen werden muß, daß das Vergehen, um das es sich handelt, zur Zeit der Entlassung des Lätsch noch nicht bei einem eidgenössischen Gerichte rechtsanhängig im Sinne des cit. §. 201 gewesen sei, weil, wenn auch bei Gelegenheit einer über Plünderung und Zerstörung der Instrumente des physikalischen Cabinets in Luzern eingeleiteten Untersuchung von einigen Einvernommenen Angaben über die Tödtung eines Hirsches und die widerrechtliche Aneignung dieses Thieres sind gemacht worden, dennoch weder behauptet wurde, noch sich davon in den Acten eine Spur vorfindet, daß dießfalls die Versetzung irgend einer Person und speciell des jetzigen Angeschuldigten in Anklagezustand und eine darauf gegründete Ueberweisung an ein eidgenössisches Kriegsgericht stattgefunden habe, nun aber, obgleich allerdings schon die aus Auftrag des betreffenden Strafpolizeibeamten (§. 205 des citirten Gesetzes) eingeleitetete Voruntersuchung (§. 276 u. 280 ff.) sich als gerichtlicher Act im weitern Sinne des Wortes darstellt, doch der Ausdruck „Gericht, Kriegsgericht" nach dem Sprachgebrauche des mehrerwähnten Gesetz-

Digitized by Google

buches nur von einer erkennenden und zwar in Strafsachen nur von einer über Dasein oder Nichtdasein der Schuld und über deren Folgen, resp. über die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens und des Erkenntnisses urtheilenden Behörde zu verstehen ist, wie sich nicht nur aus der in §. 204 sich vorfindenden Bezeichnung der „Gerichtsbehörden" oder derjenigen „Behörden, welche die eigentliche Strafgerechtigkeit verwalten", unter welchen die Vorunterfuchungs- und die Anklagekammern nicht aufgezählt sind, sondern auch und hauptsächlich daraus ergibt, daß nach §. 310 erst nach erfolgter Schlußnahme der Anklagekammer eine Uebermachung der (Vorunterfuchungs-) Acten an den Großrichter „zu Handen des Kriegsgerichtes" erfolgt, so daß sich somit erst von diesem Punkte an von einer Anhängigkeit bei dem Gerichte, „Gerichtsanhängigkeit", sprechen läßt.

---

30. Kläger leiht die Summe von 4800 fl. auf Liegenschaften, deren Werth von dem Gemeinderathe 8250 fl. geschätzt worden ist. Der Schuldner geräth in Concurs, und nun werden auf der Gant nur 3000 fl. gelöst. Kläger fordert von dem Gemeinderathe Ersatz.

Das Obergericht hat,

in Erwägung:

1) Daß zunächst darüber kein Zweifel obwalten kann, daß das von dem Kläger dem falliten Rudolf Furrer auf Grundversicherung hin gemachte Darlehen von ursprünglich 4400 fl., welches nachher durch Transfix um weitere 400 fl. erhöht wurde, mit wesentlicher Rücksichtnahme auf die von den Beklagten herrührende Schatzung der Unterpfande contrahirt worden sei, indem nicht nur der Kläger sich im Besitze der betreffenden Schatzung befindet, sondern auch die Beklagten vor erster Instanz wenigstens so viel zugegeben haben, daß diese Schatzung gemacht worden sei, um

Digitized by Google

das von dem Beklagten zuerst gemachte Darlehen von 4400 fl. zu Stande zu bringen, nun aber von selbst einleuchtet, daß eine solche von dem Gemeinderathe aufgenommene, wenn auch nicht gerade garantirte specielle Schatzung der einzelnen als Pfand angebotenen Liegenschaften, zumal wenn sie sich so günstig — wie vorliegende — darstellt, sehr geeignet ist, auch einen mit gehöriger Vorsicht zu Werke gehenden Anleiher zu vermögen, im Vertrauen auf die Sachkenntniß und Gewissenhaftigkeit der Gemeindsbehörde, von welcher die Schatzung herrührt, dieselbe wenigstens für annähernd richtig zu halten und darauf gestützt ein etwas mehr als die Hälfte des angeblichen Schatzungswerthes betragendes Darlehen abzuschließen, in welcher Hinsicht der Umstand, daß, wie heute von dem Anwalte der Beklagten behauptet worden ist, die Schatzung nicht auf einem förmlichen, in das Protokoll eingetragenen Gemeinderathsbeschluß beruht haben soll, darum bedeutungslos ist, weil aus dieser Thatsache jedenfalls nur so viel folgt, daß nicht der Gemeinderath als moralische Person, sondern nur jedes Mitglied, welches bei Aufnahme der Schatzung thätig gewesen ist oder wenigstens derselben seinen Namen geliehen hat, belangt werden kann, nun aber Kläger nicht den erstern, sondern den letztern Weg eingeschlagen hat; —

2) daß ferner als bewiesen anzunehmen ist, daß im Concurse des Debitors der Kläger in dem gegenwärtig von ihm behaupteten Betrage wegen Minderwerthes der ihm durch Zug zugefertigten Unterpfande zu Verlust gekommen sei, indem das Quantitativ der klägerischen Forderung, wie es sich auf S. 20 und 21 des Appellationsrecesses speciell angegeben findet, erstinstanzlich nicht ist bestritten worden: — sodann aber aus dem Gantprobel Act. 19 hervorgeht, daß bei der von dem Kläger veranstalteten amtlichen Versteigerung der Zugsobjecte das Meistgebot bloß 3090 fl. betragen habe, was, wenn auch Kläger dem Meistbieter den Kauf

Digitized by Google

nicht zusagte, doch darum unbedenklich im gegenwärtigen Prozesse als amtlich ermittelter jetziger Werth der im Zuge begriffenen Liegenschaften anzunehmen ist, weil von der Gant den Beklagten rechtzeitig Kenntniß gegeben, und ihnen dadurch die Gelegenheit verschafft wurde, hiebei ihre Interessen, z. B. durch eigene höhere Angebote, zu wahren, übrigens auch der Kläger nach der Fassung des ersten Theiles seines alternativ gestellten Rechtsbegehrens gegen Bezahlung seiner Forderung den Beklagten sämmtliche Zugsobjecte abtreten, somit einen allfälligen Mehrwerth derselben, falls sie beim Verluste des Prozesses diese Alternative wählen sollten, ihnen überlassen will; —

3) daß demnach weiter in Frage kommt, ob die Beklagten wegen der fraglichen Schatzung dem Kläger für den im Concurse seines Schuldners erlittenen Verlust einzustehen haben, und zwar wegen einer ihnen (den Beklagten) hiebei zur Last fallenden dolosen Handlungsweise, worauf allein die Klage sich stützt; —

4) daß nun wirklich ein solches Benehmen, welches die Annahme der Arglist (dolus) in civilrechtlichem Sinne auf Seite der Beklagten völlig rechtfertigt und die Ersatzpflicht der Beklagten dem Kläger gegenüber begründet, mit Sicherheit aus den Acten hervorgeht, wenn berücksichtigt wird,

   a) daß bei den Beklagten als Vorstehern ihrer Gemeinde eine wenigstens ungefähre Kenntniß der Lage und Beschaffenheit, so wie des wahren Werthes der in ihrem Gemeindsbanne liegenden Grundstücke, über welche sie eine Schatzung aufnahmen, um so eher mit Nothwendigkeit vorausgesetzt werden muß, als sie im Laufe der erstinstanzlichen Verhandlungen auch nie in Abrede stellten, alle diese Verhältnisse wirklich gekannt zu haben;

   b) daß nun aber eine alles Maß überschreitende Differenz zwischen dem wahren Werthe der betreffenden Unterpfande und dem-

Digitized by Google

jenigen, den die Beklagten denselben in ihrer Schatzung beilegten, in einer Weise sich herausstellt, welche die Annahme bloßen unverschuldeten Irrthums ausschließt, indem die Liegenschaften, deren nunmehriger Werth durch die am 28. December 1847 abgehaltene Gant auf 3000 fl. festgestellt worden ist, etwa drei Jahre früher, nämlich am 10. Juni 1844, von den Beklagten auf 8250 fl. geschätzt wurden, und nun, wenn auch die Beklagten mit Hinsicht auf die Gebäulichkeiten mit einigem Grund sich darauf berufen können, daß ihre Schatzung ungefähr derjenigen, welche seinerzeit für die Brandassecuranz aufgenommen wurde, entspreche, eine derartige Entschuldigung, abgesehen von ihrem rechtlichen Gewichte, ihnen doch in keiner Weise zu statten kommen kann bei den Grundstücken, welche jedenfalls den Hauptbestandtheil der Unterpfande ausmachen, um so weniger, wenn man die Kaufpreise dieser Grundstücke in den Jahren 1833 bis 1844 mit der Schatzung der Beklagten vergleicht, welche ausschließlich beinahe um die Hälfte höher steht, als der Ankaufspreis, vollends aber bei Vergleichung des Preises der erst im Jahre 1843 und 1844 von dem Falliten angekauften Liegenschaften mit der im Jahre 1844 von den Beklagten darüber gemachten offenbar höchst übertriebenen Schatzung, wie denn laut des Auszuges aus dem Notariatsprotokolle Act. 24 unter Anderm 2 Vierling Wiesen zu 280 fl., 3 Vierling Acker und ½ Juchart Reben zu 620 fl. und 1 Juchart Acker zu 460 fl. geschätzt worden sind, während der Ankaufspreis in den Jahren 1843 und 1844 170 fl. (statt 280), 319 fl. (statt 620) und 145 fl. (statt 460) betragen hat; —

5) daß, wenn nun die Beklagten — allem bisher Angeführten gegenüber — den Beweis dafür anerbieten, daß vom Jahre 1844 bis 1847 in der dortigen Gemeinde die Güterpreise um wenigstens ⅓,

Digitized by Google

ja sogar um die Hälfte gesunken seien, der Einleitung eines hierauf gerichteten weitern Beweisverfahrens entgegensteht,

a) daß der Kläger sogar dann, wenn seine Unterpfande zur Zeit des Zuges ein Drittheil weniger werth gewesen wären, als die Schatzung der Beklagten beträgt, doch Nichts verloren haben würde, woraus zugleich folgt, daß Kläger, als er das Darlehen von 4400 fl. machte, und bald hernach dasselbe noch um 400 fl. vermehrte, nicht etwa in allzu hohem Maße auf die Schatzung vertraut und allfällige, im Verlaufe der Zeit möglicher Weise eintretende Wechselfälle außer Acht gelassen habe;

b) daß gegenüber dem — auf das Sinken des Güterpreises sogar bis auf die Hälfte — gerichteten Beweisanerbieten zu bemerken ist, daß es zunächst als ganz unglaubwürdig erscheint, wenn behauptet wird, daß die betreffenden Liegenschaften seit ihrem Ankaufe bis zu Aufnahme der Schatzung im Jahre 1844 beinahe um die Hälfte im Preise gestiegen seien, dann aber gleich nachher in der nicht gar langen Zeit bis im Jahre 1847 wieder die Hälfte von ihrem Werthe verloren haben;

c) daß dieser Beweis jedenfalls außer alle Berücksichtigung fallen müßte bei den im Jahre 1843 und sogar erst im Jahre 1844 gekauften, dann aber im nämlichen Jahre von den Beklagten auf weit höhere Summen, welche gerade das wissentlich Uebertriebene dieser Ansätze zeigen, geschätzten Grundstücken, wozu noch kommt, daß ein solcher Beweis nicht einmal erbracht werden könnte, wenn, wie die Beklagten vor erster Instanz behaupteten, vom Jahre 1844 bis 1847 wenig oder gar keine Grundstücke in der Gemeinde Elsau verkauft worden wären; —

6) daß zwar, sofern die fragliche Schatzung auf einem förmlichen Beschlusse des Gemeinderathes als solchen beruhen würde, den Gemeindeschreiber, welcher bei den Verhandlungen und Beschlüssen

Digitized by Google

der Behörde keine Stimme abzugeben, sondern nur für die Ausfertigung der gemeinderäthlichen Beschlüsse und für deren richtige Abfassung zu sorgen hat, Verantwortlichkeit nicht treffen könnte, hier aber Letzteres darum stattfinden muß, weil, wie schon in Erw. 2 angeführt worden ist, der Anwalt der Beklagten, und zwar in Gegenwart des Gemeindeschreibers Honegger, heute ausdrücklich zugegeben hat, es beruhe die fragliche Schatzung nicht auf einem gemeinderäthlichen Beschluß, weßhalb dieselbe nicht in das betreffende Protokoll eingetragen worden sei, also angenommen werden muß, es haben die Mitglieder des Gemeinderathes hiebei nicht in amtlicher Stellung gehandelt, hieraus aber folgt, daß Honegger, welcher nicht nur die Urkunden mitunterzeichnet, sondern zugegebenermaßen an der Berathung Theil genommen, für die Folgen gleich allen übrigen Theilnehmern einzustehen habe; —

7) daß demnach die Klage gegenüber den sämmtlichen Gliedern des Gemeinderathes (die Behauptung, daß einige derselben an der Schatzung nicht Theil genommen haben, ist heute zum ersten Male aufgestellt und kann daher, was auch sonst daraus folgen möchte, nicht weiter in Berücksichtigung fallen) gutzuheißen ist, und das Gleiche auch gegen den Gemeinderathsschreiber eintritt, weil, wenn auch in dieser Beziehung sonst mit Rücksicht darauf, daß den Gemeinderathsschreibern eine entscheidende Stimme bei Verhandlungen und Schlußnahmen der Gemeinderäthe nicht zusteht und daher die bloße (richtige) Ausfertigung und Unterzeichnung der Beschlüsse eine Verantwortlichkeit für den Inhalt derselben, wenigstens soweit dadurch kein Vergehen begründet wird, nicht zur Folge haben kann, doch dieß im vorliegenden Falle dem Gemeinderathsschreiber Honegger nicht zu statten kommt, da nach dem heute von seinem Anwalte und in seiner Gegenwart erfolgten ausdrücklichen Geständnisse, es beruhe die Schatzung

Digitized by Google

nicht auf einem Gemeinderathsbeschlusse und finde sich darüber auch Nichts im Protokolle, vielmehr sei dieselbe von dem Präsidenten und Schreiber vorgenommen worden, der letztere sich als selbstthätig und wesentlich zu der täuschenden Handlung mitwirkend darstellt und sich daher darauf, daß er bloß eine von der ihm vorgesetzten Behörde gefaßte Schlußnahme seiner amtlichen Obliegenheit gemäß protokollirt und ausgefertigt habe, nicht mehr berufen kann; —

8) daß auch die fernere Behauptung der Beklagten, es müsse der Kläger eine bestimmte Summe nachweisen, auf welche die Schatzung sich bezogen habe, und es haben die Beklagten jedenfalls nur für diesen Betrag zu haften, darum nicht Stich hält, weil die Schatzung keiner bestimmten Darlehenssumme erwähnt, vielmehr ganz unbedingt lautet, wie es denn sehr häufig zu geschehen pflegt, daß Derjenige, welcher Geld aufzubrechen wünscht, überhaupt und ohne Rücksicht auf irgend welche Summe seine Grundstücke schätzen läßt, um auf diese Schatzung hin ein ihm beliebiges Darlehen zu erhalten; —

9) daß auf das heute gestellte Begehren des Klägers, es sollen die Beklagten, sofern sie die erste Alternative wählen, ihm außer den in seine Berechnung aufgenommenen auch noch die seit Ausfällung des erstinstanzlichen Urtheils erlaufenen Kosten für Verwaltung und Bearbeitung der Zugsobjecte ersetzen, gegenwärtig nicht eingetreten werden kann, weil hierüber noch nicht verhandelt worden ist, — somit ein erstinstanzliches Urtheil in dieser Hinsicht nicht vorliegt und daher nichts Anderes übrig bleibt, als dem Kläger in dieser Beziehung das Recht offen zu behalten; —

10) daß hingegen das Begehren des Klägers, es sollen die Beklagten, sofern sie die zweite Alternative wählen, folgende Zinse bezahlen:
   a) von 1800 fl. Capital zu 4½ % seit Martini 1847 bis zur Zahlung;

Digitized by Google

b) von 88 Fr. 26 Rp. als Betrag der am 19. November 1847 an die Notariatskanzlei Oberwinterthur bezahlten Spesen zu 5 % vom 3. Mai 1848 an gerechnet bis zur Zahlung;

c) von 351 Fr. 68 Rp. als Betrag bezahlter Verwaltungskosten zu 5 % vom 26. Mai 1848 an gerechnet bis zur Zahlung, —

als gerechtfertigt erscheint, weil diese sämmtlichen Posten als Verlust, welchen Kläger erlitten hat, sich darstellen, somit Kläger berechtigt ist, Ersatz nicht nur des Capitals, sondern auch des mit dem Augenblicke des Verlustes ebenfalls verloren gegangenen Zinses zu verlangen, auch die sub lit. a und b geforderten Zinse erstinstanzlich nicht bestritten worden sind:: —

hinsichtlich des Gemeinderathsschreibers Honegger durch Stimmenmehrheit, im Uebrigen mit Einmuth

gefunden:

Es sei die Berufung des Klägers begründet, diejenige der Beklagten unbegründet, und hierauf

erkannt:

1. Seien die Beklagten schuldig, entweder gegen Uebernahme der von dem Kläger aus dem Auffalle des Rudolf Furrer, Wagners in Elsau, gezogenen Liegenschaften die klägerische Forderung in Capital, Zinsen und Kosten zu bezahlen, oder aber 2665 fl. 38 ß. 3 hlr. als Betrag des vom Kläger bei diesem Zuge erlittenen Schadens, wobei der Kläger bei dem gemachten Anerbieten gegen Abtretung der bezogenen Früchte und allfällig weiterer Rechte, welche er mit seiner Forderung in dem fraglichen Auffalle erlangt hat, behaftet bleibt; —

2. Seien die Beklagten ferner schuldig, an den Kläger folgende Zinse zu bezahlen:

a) von 1800 fl. Capital zu 4½ % von Martini 1847 an gerechnet bis zur Zahlung;

b) von den 88 Fr. 26 Rp. betragenden Kosten, welche Kläger an die Notariatskanzlei Oberwinterthur bezahlt hat, zu 5 % vom 3. Mai 1847 an gerechnet bis zur Zahlung;

Digitized by Google

c) von den 351 Fr. 68 Rp., welche Kläger für Verwaltungskosten ausgelegt hat, zu 5 % vom 26. Mai 1848 an gerechnet bis zur Zahlung; —

3. Habe es hinsichtlich der erstinstanzlichen Prozeßkosten und Entschädigung bei den Bestimmungen des bezirksgerichtlichen Urtheils sein Verbleiben; —

4. Haben die Beklagten die heutigen Prozeßkosten und für heute an den Kläger eine Entschädigung von 12 Fr. zu bezahlen. (Civilpr. vom 31. März 1849 i. S. Escher c. Schneider.)

XXII.

Ueber den Begriff der einstweiligen Rechtsstellungen.

Das Bezirksgericht Affoltern

hat

am 10. Februar 1849 in Sachen des Herrn Heinrich Schmid in Fehrenbach, Gemeinde Affoltern, Klägers (Anwalt Herr Fürsprech Dr. Schauberg), gegen Herrn Gemeindeammann Meili in Bonstetten, Beklagten (Anwalt Herr Proc. Rahn), betreffend Schadenersatz, über die Rechtsfrage: „Ob Beklagter schuldig sei, 838 fl. nebst Zins vom 9. December 1847 an bis zur Zahlung und 2 fl. 25 ß. Rechtstriebkosten an Kläger zu bezahlen?“

da sich ergeben:

A. Kläger habe am 15. März 1848 den altGemeindeammann Reif in Bonstetten für eine Wechselschuld von 950 fl. 18 ß. schnellrechtlich betrieben; bei der am 16. gl. M. stattgefundenen Pfändung

Digitized by Google

Absatz [illegible] Ansprüche im angeführten Betrage von 1609 fl. gepfändet worden; Kläger habe am 27. Mai Versilberung verlangt und nach einer auf dem Pfandscheine enthaltenen Notiz am 8. Juni bedingt abgestellt; als er später Fortsetzung der Execution verlangt, habe Beklagter sich dessen geweigert und erklärt, daß das Pfandrecht erloschen und daher auch am Pfandprotokolle getilgt worden sei; —

B. Kläger stelle sich für die fragliche Forderung, abzüglich einer Abschlagszahlung durch den Schuldner von 74 fl. 33 ß., an den Beklagten, und begründe seine Klage dahin: Die Erklärung vom 8. Juni 1848 sei nicht eine solche Rechtsstellung, die in sechs Wochen das Erlöschen des Pfandrechtes zur Folge gehabt, sondern nur eine Bewilligung zur Verschiebung der Versilberung, was daraus hervorgehe:

1) Diese Betreibung sei vom Schuldenschreiber ausgegangen und könne daher auch nur dort gestellt werden, was laut eines Zeugnisses der Schuldenschreiberkanzlei nie geschehen sei;
2) im Sinne von §. 55 des Rechtstriebgesetzes gehöre zu einer provisorischen Rechtsstellung der ausdrückliche Vorbehalt zur Fortsetzung des Rechtstriebes in der gegenwärtigen Lage, und auch eine solche müsse, um gültig zu sein, durch den Schuldenschreiber gehen; Beides liege hier nicht vor;
3) ein durch Rechtstrieb erlangtes Pfandrecht sei sechs Monate gültig, möge der Creditor Versilberung verlangen oder nicht; —

nun habe er am 1. September v. J. Fortsetzung der Execution verlangt, und damals sei das Pfandrecht noch in Kraft gewesen; —

C. Der Beklagte behaupte, es habe Kläger am 8. Juni wirklich eine einstweilige Abstellung ertheilt, wie er dieß in einem Briefe vom 26. September v. J. selbst anerkenne; am 26. Juli habe er (Beklagter), da die sechswöchentliche Frist abgelaufen gewesen, das Pfandrecht gelöscht und daher dem am 7. September gestellten Begehren zur Fortsetzung der Execution keine Folge geben können, zumal das Pfandrecht an diesem Tage ohnehin verjährt gewesen wäre; daß am 1. September Fort-

Digitized by Google

setzung verlangt worden, sei unrichtig und dem amtlichen Protokolle widersprechend; übrigens sei auch schon damals die Frist abgelaufen gewesen, denn nach §. 52 des Rechtstriebgesetzes und §. 26 des Reglementes seien die Rechtsstillstände beim schnellen Rechtstriebe ohne Einfluß, wie dieß auch in der Natur der Sache liege und selbst auch beim ordentlichen Rechtstriebe gelte, wenn einmal Versilberung verlangt sei; nun sei am 26. Juli die Frist von sechs Wochen, innerhalb welcher der in der einstweiligen Abstellung enthaltene Vorbehalt zurückgezogen werden müsse, abgelaufen und dadurch das fragliche Pfandrecht erloschen gewesen; es sei gleichgültig, daß die einstweilige Abstellung nicht beim Schuldenschreiber abgegeben worden, da jene Gesetzesbestimmung durch Gewohnheit aufgehoben sei; nach dem Gesagten und dem klaren Inhalte des Gesetzes könne er nicht als Versäumer der Rechte im Sinne der Klage belangt werden; — eventuell könnte nach §. 8 des Rechtstriebgesetzes nur der wirkliche Schaden eingeklagt werden, der hier bloß 292 fl. betragen würde, indem die auf besonderes Verlangen des Klägers ihm zu Pfand eingeschrieben gewesenen zwölf Kaufschuldbriefe später für eine andere Forderung desselben ebenfalls gepfändet und dann versilbert worden seien, wobei der Erlös bloß 292 fl. betragen habe; —

D. Nach der von dem Kläger vorgelegten Abschrift seiner Erklärung vom 8. Juni v. J. würde dieselbe dahin gelautet haben: „Die Versilberung der Pfänder bei AltGemeindamman Reif in Bonstetten kan Einstweillen verschoben werden"; — das Original soll in der Hand des Beklagten liegen; —

E. Kläger stütze sich dafür, daß er schon am 1. September Fortsetzung der Execution verlangt habe, auf eine Erklärung des Beklagten vom 26. September, worin es heiße: „Herr Schmid in Fehrenbach ertheilte am 8. Juni a. c. bedingte Abstellung, verlangte aber erst am 1. September Rechtsfortsetzung, welche vom Unterzeichneten zufolge Gesetz nicht mehr angenommen werden konnte", — wenn nun auch am Protokolle der 7. September vorgemerkt wäre, so sei dieß wegen der möglichen

Digitized by Google

Willkürlichkeit des Beklagten ohne Einfluß; ebenso sei es gleichgültig, daß er (Kläger) in seinem Briefe von einer einstweiligen Abstellung rede, da nur die Erklärung, daß einstweilen mit der Versilberung einzuhalten sei, so bezeichnet worden; übrigens seien die Rechtsstillstände überall bei einer Abstellung mit Vorbehalt abzurechnen, da der §. 56 des Rechtstriebgesetzes nicht unterscheide zwischen solchen im ordentlichen und solchen im schnellen Rechtstriebe; — die Größe des Schadens betreffend, so sei unrichtig, daß gerade die für die eingeklagte Forderung verpfändet gewesenen Kaufresten versilbert worden seien; übrigens sei durch Löschung des Rechtstriebes auch die Möglichkeit einer Nachpfändung zernichtet worden, wodurch volle Zahlung erhältlich gewesen wäre; —

F. Von Seite des Beklagten werde anerkannt, daß er die Fact. E angerufene Erklärung geschrieben habe und beigefügt: Es sei die Bemerkung, daß am 1. September Fortsetzung verlangt worden sei, ein Schreibfehler; die Abstellung selbst könne nicht mehr vorgelegt werden; daß eine Abstellung und auch eine solche mit Vorbehalt gültig nur beim Schuldenschreiber gemacht werden könne, sei im Gesetze nicht bestimmt gesagt; die Rechtsstillstände betreffend, so seien diese nach der bestimmten Vorschrift von §. 52 des Rechtstriebgesetzes bei der schnellen Schuldbetreibung ohne Einfluß:: —

in Erwägung:

1) Daß der Inhalt der Fact. D erwähnten Erklärung des Klägers nicht bestritten ist, somit als richtig angenommen werden kann, daher sich allervorderst fragt, welche Bedeutung derselben beizulegen sei, d. h. ob sie als eine „Abstellung mit Vorbehalt“ im Sinne des Gesetzes angesehen werden könne oder nicht; —

2) daß nun das Gesetz nur zwei Arten von Erklärungen von Seite des Creditoren kennt, welche die Execution zu hemmen vermögen, die unbedingte Abstellung und die bedingte oder „Abstellung mit Vorbehalt“, daher, da es zugegebenermaßen im Willen des Klägers

Digitized by Google

lag, die Versilberung einstweilen zu hemmen, und das Gesetz hiefür eine solenne Form nicht vorschreibt, die Erklärung desselben, daß die Versilberung einstweilen verschoben werden könne, nur als eine solche zeitweise, bedingte — „einstweilige“ — Abstellung angesehen werden kann, indem sonst eine solche Erklärung als ein absoluter Verzicht auf die Fortsetzung der Execution oder als total ungültig betrachtet werden müßte, da nach §. 55 des Rechtstriebgesetzes jedenfalls in den Worten „einstweilige Abstellung“ der Vorbehalt, die Betreibung wieder da fortgehen zu lassen, wo sie aufgehört hat, ausgedrückt sein muß, was aber auch dann anzunehmen ist, wenn die dießfällige Erklärung des Creditoren nach ihrem wörtlichen Inhalt, als eine vorübergehende, also in Rücksicht der Zeit ihrer Gültigkeit bedingte, Maßregel erscheint und deßhalb eine Wiederaufnahme der einstweilen suspendirten Execution, die dann ausdrücklich verlangt werden muß, nicht bloß zuläßt, sondern gerade wegen ihrer Fassung in Aussicht stellt; —

3) daß nun gegen die Gültigkeit dieser Abstellung im Allgemeinen von Seite des Klägers eingewendet wird, daß dieselbe bei dem Schuldenschreiber, als demjenigen Beamten, bei welchem die Betreibung angehoben worden, hätte abgegeben werden sollen, — daß aber diese Vorschrift in dem angerufenen §. 55 des Rechtstriebgesetzes keineswegs liegt und das Stadium des Versilberungsverfahrens weniger der Controle und Thätigkeit des Schuldenschreibers als vielmehr derjenigen des Gemeindeammannes unterworfen ist, wie denn auch der Abschn. V des Rechtstriebgesetzes, der „von den Abstellungen ꝛc.“ handelt, für alle einschlägigen Verhältnisse ganz allein nur von dem „Betreibungsbeamten“ redet, als welcher namentlich im Stadium des Versilberungsverfahrens nur der Gemeindeammann verstanden wird, so daß auch bei ihm die hierauf bezüglichen Abstellungen gültig eingereicht werden können; —

Digitized by Google

4) daß nach §. 56 des neuen Rechtstriebgesetzes (vgl. mit §. 53 des alten und §. 27, Satz 3 des auf ersteres bezüglichen Reglementes vom 9. Juli 1842) es keinem Zweifel unterliegen kann, daß eine Abstellung mit Vorbehalt nur sechs Wochen gültig und nach Ablauf dieser Frist der Vorbehalt zur Fortsetzung der Betreibung als zurückgezogen, somit der Rechtstrieb als unbedingt gestellt zu betrachten ist, womit die Bestimmung von §. 34 des Rechtstriebgesetzes, daß ein auf dem Wege der Betreibung erhaltenes Pfandrecht sechs Monate gültig sein soll, keineswegs im Widerspruche steht, da keinem Zweifel unterliegt, daß der Creditor auf sein Recht verzichten kann, und nun in der Abstellung mit Vorbehalt offenbar ein bedingter Verzicht auf das Pfandrecht liegt, zumal nach §. 55 des Rechtstriebgesetzes der Creditor die Fortsetzung der Betreibung besonders verlangen muß und, wenn er Dieses nicht thut, die Bedingung, nämlich der Vorbehalt zur Fortsetzung, in der in §. 56 bezeichneten Frist von sechs Wochen ausfällt, also ein wirklicher Verzicht gesetzlich präsumirt wird; —

5) daß nun aber, was die Berechnung dieser sechswöchentlichen Frist betrifft, nach dem klaren Inhalte von §. 56 des Rechtstriebgesetzes die Zeit der Rechtsstillstände abgerechnet werden, daß aber (vgl. mit cit. § 52) dieses Letztere nur beim ordentlichen Rechtstriebe geschehen soll, da in dem letztern Gesetze bestimmt ist, daß die schnelle wechselrechtliche Schuldbetreibung den Rechtsstillständen nicht unterworfen sei, somit in Uebereinstimmung mit den durchweg vorgeschriebenen strengen Fristen bei der wechselrechtlichen Betreibung angenommen werden muß, es sei bei dieser die sechswöchentliche Frist der Gültigkeit einer Abstellung mit Vorbehalt ohne Rücksicht auf die Rechtsstillstände zu berechnen; —

6) daß nun die klägerische Forderung eine solche aus Wechsel, also die dießfällige Betreibung eine wechselrechtliche war, und darüber kein Streit herrscht, daß die einstweilige Abstellung vom 8. Juni

Digitized by Google

1848 datirt sei, daher nach dem Gesagten die Frist, innerhalb welcher Fortsetzung der Execution hätte vorgenommen werden können, mit dem 20. Juli 1848 zu Ende lief, während von Kläger selbst nicht behauptet wird, daß er innerhalb dieser Frist Fortsetzung verlangt habe, und jedes spätere dießfällige Begehren von dem Rechtstriebbeamten darum nicht mehr beachtet werden konnte, weil das fragliche Pfandrecht schon mit dem 20. Juli in sich verfallen war, weßhalb denn auch nicht weiter zu untersuchen ist, ob das Fortsetzungsbegehren des Klägers vom 1. oder 7. September datirt gewesen sei; —

7) daß ebenso auch darauf, welchen Werth die fraglichen Pfande gehabt haben, nicht weiter eingetreten zu werden braucht, da diese Frage nur im Falle ein Fehler oder Verzug des Rechtstriebbeamten im Sinne von §. 8 des Rechtstriebgesetzes diesen zur Zahlung verpflichtet, von Bedeutung, hier aber nicht zu beachten ist, da nach dem Gesagten angenommen wird, es treffe den Beklagten kein Verschulden :: —

mit Einmuth erkannt:

1. Sei die Rechtsfrage verneinend entschieden; —
2. Habe Kläger den Beklagten mit 8 Fr. zu entschädigen; —
3. Trage derselbe die erlaufenen Prozeßkosten; —
4. Mittheilung an die Parteien gegen Insinuationsdocument.

Das Obergericht hat in Folge der von dem Kläger gegen das bezirksgerichtliche Urtheil eingelegten Appellation sodann am 17. April 1849,

in Erwägung:

1) Daß, da das Gesetz über die Schuldbetreibung hinsichtlich des Zeitpunktes der Versilberung durch den Rechtstrieb erlangter Pfande lediglich (in dessen §. 34) vorschreibt, es müsse dieselbe

Digitized by Google

von dem Gläubiger binnen sechs Monaten von der Ausfertigung des Pfandscheines an bewirkt werden, widrigenfalls das Pfandrecht erlösche, es in das Ermessen des Gläubigers gestellt ist, wann er diese Versilberung innerhalb der erwähnten Frist vornehmen lassen will, und es eben daher und in Ermangelung einer Bestimmung, daß er (der Gläubiger) einer einmal von ihm verlangten Versilberung bei Vermeidung irgend eines Nachtheiles den Fortgang lassen müsse, bloß von ihm abhängt, ein gestelltes Begehren wieder zurückzunehmen und weitern Aufschub zu gestatten, sobald er nur Sorge dafür trägt, sein Begehren so zeitig wieder zu stellen, daß die Versilberung noch binnen den gesetzlichen sechs Monaten vollzogen werden kann; —

2) daß, indem daher Kläger unter dem 8. Juni v. J. die Bewilligung zur einstweiligen Nichtvornahme der von ihm unter dem 27. Mai gl. J. verlangten Versilberung gab, dieß, wenn schon er sich selbst in seinem Briefe d. d. 26. September v. J. Act. 7 des Ausdruckes: „er habe unter dem 8. Juni eine einstweilige Abstellung ertheilt" bedient hat, doch als eine „Abstellung der Betreibung" im Sinne des §. 55 des Schuldbetreibungsgesetzes, d. h. als ein Eingreifen in den ordentlichen Gang der Betreibung und eine Hemmung des regelmäßigen Verlaufes derselben keineswegs sich darstellt, daher denn auch die Bestimmung des §. 56 des citirten Gesetzes betreffend die Bedeutung, Wirkung und Folgen einer „Abstellung mit Vorbehalt" überall nicht Anwendung finden konnte und somit, weil unbestrittenermaßen das erneuerte Verlangen um die Versilberung am 1. September, also zu einer Zeit erfolgt ist, wo sich die Versilberung noch vor Ablauf der sechs Monate bewirken ließ (der Pfandschein ist am 16. März ausgefertigt, und es wäre also das Pfandrecht erst mit dem 16. September erloschen), die Frage, ob im schnellen Rechtstriebe die Rechtsstillstände bei Berechnung der sechswöchentlichen Frist, nach welcher Abstellungen

Digitized by Google

mit Vorbehalt sich in unbedingte Abstellungen verwandeln, eingerechnet werden oder nicht, gar nicht erörtert zu werden braucht; —

3) daß daher allerdings dem Beklagten fehlerhafte Amtsführung darin zur Last fällt, daß er die Pfandrechte, welche Kläger durch den Rechtstrieb erlangt, unter dem 26. Juli v. J. im Pfandbuche gelöscht hat, somit er (Beklagter) nach §. 8 des citirten Gesetzes zur Zahlung verpflichtet ist, sofern er nicht zu beweisen vermag, daß aus diesem Fehler für den Kläger entweder gar kein Schaden entstanden sei, oder daß der wirklich eingetretene Schaden weniger als den nominellen Betrag der Forderung ausmache, in welcher Beziehung, da dem Beklagten der Beweis, den er hiefür angeboten hat, vor erster Instanz nicht abgenommen worden ist, Rückweisung zum Behufe der Abnahme desselben erforderlich wird; —

4) daß zwar Kläger behauptet, es sei Letzteres darum überflüssig, weil der Gegenbeweis dafür, daß er, Kläger, (und zwar um den ganzen Betrag seiner Forderung) durch den fraglichen Fehler geschädigt worden, schon jetzt hergestellt sei, da ex (Kläger) ohne jenen Fehler durch Nachpfändung oder Einleitung des Concurses zur Zahlung hätte gelangen können, wenn auch seine Forderung durch die Versilberung der Pfande nicht vollständig getilgt worden wäre, — indeß auch in dieser Hinsicht noch nicht hinreichend verhandelt worden ist, um jetzt schon über diesen Punkt mit Sicherheit entscheiden zu können:: —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei das Urtheil des Bezirksgerichtes Affoltern aufgehoben und seien die Acten an dasselbe zurückgewiesen mit dem Auftrage, vorerst Verhandlungen darüber eintreten zu lassen, ob bereits Gründe vorliegen, welche den in Erw. 3 bezeichneten, sonst dem Beklagten abzunehmenden Beweis als überflüssig erscheinen lassen, eventuell aber dem Beklagten diesen Beweis abzunehmen, vorbehältlich des Gegenbeweises von Seite des Klägers, und sodann ein neues Urtheil auszufällen; —

Digitized by Google

2. Seien die bisher erlaufenen Kosten einstweilen von beiden Parteien zu gleichen Theilen zu tragen; —

3. Sei dieser Beschluß dem Bezirksgerichte Affoltern unter Rücksendung der Acten und den Parteien mitzutheilen.

XXIII.

Der seinen Schuldtitel versilbernde Faustpfandgläubiger haftet dem Käufer nicht für die Existenz des Schuldners.

Das Bezirksgericht Zürich

hat

am 14. April 1849 in Sachen des Hrn. Jacob Hofmann zu Weiningen, Klägers (Anwalt Herr Fürsprech Escher), und des Hrn. Dr. jur. Jucker zum kleinen Löwenstein in Zürich, Beklagten, betreffend Forderung aus Kauf, über die Rechtsfrage: „Ob der Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger den gegenwärtigen Schuldner des am 16. Mai 1848 auf öffentliche Gant gebrachten Schuldtitels von 200 fl. R. W., d. d. 15. December 1691, ursprünglich auf Hs. Jacob Oehninger von Uerschhausen, Cts. Thurgau, an die Hand zu geben oder gegen Rücknahme des Briefes den Kaufpreis sammt Zins zu bezahlen?"

da sich ergeben:

A. Am 16. Mai 1848 habe der Kläger auf einer in Zürich abgehaltenen Versilberungsgant einen Schuldbrief von 200 fl. R. W., ursprünglich auf Hs. Jacob Oehninger von Uerschhausen bei Steckborn, für die Summe von 170 fl. Z. W. erkauft und bezahlt; diesen Schuldbrief habe der Beklagte in Folge Rechtstriebes versilbern lassen; die

Digitized by Google

stadtammannamtliche Gantpublikation in Nr. 37 des Amtsblattes vom 9. Mai 1848 laute also: „ein Schuldbrief von 200 fl. R. W., urspr. auf Hs. Jacob Oehninger von Uerschhausen bei Steckborn, Kt. Thurgau, d. d. 15. Dez. 1691. Jetziger Schuldner: Jakob Epprecht zu Uerschhausen"; —

B. Nach einer Bescheinigung der Bezirksgerichtskanzlei Steckborn und einem Briefe des Ortsvorstehers Schnarzer zu Uerschhausen sei kein Jacob Epprecht in dort aufzufinden; ebenso sei ein Brief, den der Kläger unter der Adresse des Epprecht versandt habe, mit der gleichen Bemerkung wieder zurückgekommen; —

C. Der Kläger stelle nun das in der Rechtsfrage enthaltene Begehren, gestützt darauf, daß ihm ein ganz bestimmter Debitor angewiesen worden sei, und daß er den Brief nur unter der Voraussetzung gekauft habe, es sei der bezeichnete Schuldner wirklich aufzufinden und die Angabe des Beklagten in der Publikation im Amtsblatte richtig; —

D. Der Beklagte habe vorerst dem Heinrich Asper in Nr. 86 in Wollishofen und dem Jacob Maag von Russikon Streit verkünden lassen, und führe sodann an, es sei ihm der fragliche Schuldbrief von Maag als Faustpfand für auf einen Wechsel geliehene 150 fl gegeben und ihm dabei Jacob Epprecht als Debitor bezeichnet worden; er stelle daher der Klage folgende Einreden entgegen:

1) Er sei nicht der rechte Beklagte, da er den Brief nur im Namen des Maag besessen und für denselben habe versteigern lassen; er stehe daher in durchaus keinem obligatorischen Nexus zu dem Kläger, da er nie Eigenthümer des Schuldbriefes, sondern lediglich Faustpfandgläubiger gewesen sei;
2) eventuell könne er darum nicht belangt werden, weil er als Faustpfandgläubiger keine Verpflichtung gehabt habe, sich über die Existenz des ihm bezeichneten Schuldners Epprecht zu erkundigen; zudem wäre es in der Pflicht des Klägers gelegen, sich vor dem Kaufe über den Schuldbrief näher zu erkundigen, wozu er um so

Digitized by Google

mehr Veranlassung gehabt hätte, als einerseits die Gant mehrere Male, namentlich im Amtsblatte, öffentlich bekannt gemacht worden sei, andererseits der bezeichnete Schuldner und die betreffenden Unterpfande sich im Cantone Thurgau befinden; die Worte in der stadtammannamtlichen Cession: „ohne alle Nachwährschaft" befreie übrigens den Beklagten jedenfalls von jeder weiteren Verpflichtung; —

E. Hierauf erwiedere der Kläger:

ad 1) Das Verhältniß des Beklagten zu Maag berühre ihn gar nicht; die Versilberung, in Folge welcher er den Schuldbrief gekauft habe, sei durch den Beklagten veranlaßt worden, und er habe sich daher nur an diesen zu halten;

ad 2) durch die eigene Angabe des Beklagten in seinem Versilberungsbegehren, die der Kläger natürlich habe für richtig halten müssen, sei dieser bewogen worden, den Brief zu kaufen; die Worte der Cessionsurkunde: „ohne alle Nachwährschaft" seien auf den Entscheid des gegenwärtigen Streites, wie es sich wol von selbst verstehe, ohne allen Einfluß; —

F. Der Beklagte behaupte endlich als Faustpfandgläubiger bloß dafür zu haften, daß er bei seiner Angabe des gegenwärtigen Briefschuldners in gutem Glauben gestanden habe, was nicht bestritten sei:: —

in Erwägung:

1) Daß, was vorerst die Einrede der mangelnden Passivlegitimation betrifft, diese als nicht begründet angesehen werden muß, da unbestrittenermaßen der Beklagte die Gant veranlaßte und den im Streite liegenden Schuldbrief versteigern ließ, daher ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Faustpfandschuldner des Beklagten und dem Kläger nicht besteht, dieser somit nicht verpflichtet werden kann, einen Dritten zu belangen, dem Beklagten dagegen der Regreß gegen seinen frühern Schuldner offen steht; —

2) daß nicht bestritten ist, daß der Beklagte den Brief auf öffentlicher

Digitized by Google

Gant verkauft habe, bei der Publikation derselben auch ausdrücklich bemerkt worden ist, es sei der gegenwärtige Debitor ein Jacob Epprecht von Uerschhausen; —

3) daß es nun bekanntlich in der Pflicht des Verkäufers einer Schuldforderung liegt, dem Käufer nicht bloß für die Existenz der Schuld, sondern auch dafür zu haften, daß der bezeichnete Schuldner vorhanden sei; —

4) daß, da der Beklagte selbst nicht behauptet hat, es existire der von ihm angegebene Schuldner, die Klage in der alternativen Form, wie sie gestellt worden ist, daß entweder der Beklagte den wirklichen Schuldner benenne oder den Kaufpreis sammt Zins zurückbezahle, als begründet erscheint:: —

mit Stimmenmehrheit erkannt:

1. Sei der Beklagte schuldig, entweder den wirklichen Debitor des verkauften Schuldtitels zu benennen und dem Kläger möglich zu machen, denselben belangen zu können, oder den bezahlten Kaufpreis mit 170 fl. W. W. sammt Zins zurückzubezahlen; —

2. Trage derselbe die Prozeßkosten und entschädige er den Kläger mit 8 Fr.

In Folge der von dem Beklagten gegen das vorstehende bezirksgerichtliche Urtheil eingelegten Appellation hat sodann das Obergericht am 14. Mai 1849,

nach Einsicht der Acten und Anhörung der Parteivorträge, auf Grundlage der factischen Ergebnisse des erstinstanzlichen Urtheiles, mit dem Zusatze:

A. Das Bezirksgericht Zürich habe durch Urtheil vom 14. April d. J. die Rechtsfrage bejahend entschieden und dem Beklagten die Kosten, so wie eine prozessualische Entschädigung von 8 Fr. an den Kläger aufgelegt; —

Digitized by Google

B. Der Beklagte habe auf Abweisung der Klage, der Anwalt des Klägers auf Bestätigung des bezirksgerichtlichen Urtheiles angetragen:: —

in Erwägung:

1) Daß der Pfandgläubiger, welcher versilbern läßt, zwar insofern in eigenem Namen handelt, als er das Begehren um Versilberung stellt und den Erlös der Pfande zu seinen Handen bezieht, wogegen als Verkäufer offenbar nur Derjenige angesehen werden kann, welchem die Sache gehört, somit der Pfandschuldner, welcher gezwungen wird, verkaufen zu lassen, daher, soweit aus einem Kaufe geklagt wird, nicht der Pfandgläubiger, sondern lediglich der Pfandschuldner dem Käufer Gewähr zu leisten hat; —

2) daß, wenn also der Beklagte als Verkäufer an und für sich nicht haftet, es sich bloß noch fragt, ob demselben irgend Etwas zur Last falle, was ihn verpflichten würde, dem Kläger gegenüber einzustehen, dieß nun aber, da ihm etwas Anderes nicht vorgeworfen wird, lediglich darin gefunden werden könnte, daß er einen Briefschuldner, welcher gegenwärtig nicht mehr aufzufinden ist, bezeichnet, somit durch diese Angabe, welche in die Publikation aufgenommen wurde, den Irrthum des Käufers veranlaßt habe; —

3) daß, gesetzt aber auch, es sollte eine solche Anzeige von Seite des Pfandgläubigers die Veranlassung der Aufnahme des jetzigen Schuldners in die Gantpublikation gewesen sein, von einem Einstehen hiefür durch den Beklagten darum keine Rede sein kann, weil in der Cession ausdrücklich jede Nachwährschaft wegbedungen wurde und dieses Wegbedingen auch hinsichtlich der Existenz des Schuldners so lange wirken muß, als nicht nachgewiesen ist, daß hier von dem Beklagten arglistig verfahren worden sei, wie z. B. daß der Verkäufer (hier der Faustpfandgläubiger),

Digitized by Google

welcher die Gant veranlaßte, gewußt habe, daß der Briefschuldner nicht aufgefunden werden könne, in dieser Beziehung aber wenigstens dem Beklagten gegenüber Nichts vorliegt, zumal sich weder aus den Acten ergibt, daß derselbe schon zur Zeit der Versteigerung Kenntniß von dem Inhalte des an den Maag gerichteten Briefes der Ortsvorsteherschaft Uerschhausen gehabt hat, noch dieß von dem Kläger auch nur behauptet und noch viel weniger ein Beweis dafür angeboten worden ist:: —

bei gleich getheilten Stimmen

durch Präsidialentscheid gefunden:

Es sei die Berufung des Beklagten begründet, und hierauf

erkannt:

1. Sei der Kläger mit seinem Begehren abgewiesen; —

2. Habe derselbe die sämmtlichen erst- und zweitinstanzlichen Prozeßkosten, so wie an den Beklagten eine prozessualische Entschädigung von 8 Fr. zu bezahlen; —

3. Sei die dem Kläger erstinstanzlich gesprochene Entschädigung aufgehoben.

Digitized by Google

XXIV.

Zur Lehre von dem Uebergange des Eigenthums an Liegenschaften.

Das Bezirksgericht Zürich
hat
am 17. Januar 1849 in Sachen des Hrn. Joh. Rudolf Maurer in Zollikon, Klägers (Anwalt Herr Ehrhardt), gegen die Herren alt Friedensrichter Müller in Engstringen, Franz Hauke, Antiquar in Zürich, Caspar Landolt, Schulverwalter in Oberstraß, und Matthias Kuhn, Schreiner in Zürich, sämmtlich Beklagte (Anwalt Herr Spöndlin), betreffend Vindication, über die Rechtsfrage: „Ob die Fact. A näher bezeichnete Vindication des Klägers begründet sei?“
da sich ergeben:

A. Im Concurse des in Zürich seßhaft gewesenen Johannes Maurer, Geschäftsagenten, von Zollikon, habe der Kläger (Bruder des Cridars) den in das Concursinventar aufgenommenen Antheil desselben an den Liegenschaften aus dem väterlichen Nachlasse vindicirt; er behaupte nämlich, seinen Bruder für den 1826 demselben angefallenen Erbantheil für die Summe von 100 fl. ausgekauft zu haben, und producire fünf verschiedene Schreiben und Quittungen aus den Jahren 1846 und 1847 zum Beweise dafür, daß der Cridar das Bestehen eines solchen Auskaufsvertrages anerkannt und auch den Empfang der Auskaufssumme bescheinigt habe; — nun gründe er sein Recht zur Vindication auf diesen Vertrag, und darauf, daß er die Liegenschaften fortwährend besessen und beworben habe; —

B. Die Aechtheit der eingelegten Urkunden werde zwar von den Beklagten nicht zugegeben, indessen bestreiten sie unter allen Umständen

Digitized by Google

die Vindication, weil der Kläger einzig und allein durch notarialische Fertigung Eigenthum hätte erwerben können, und ohne diese höchstens ein nicht zur Erfüllung gekommener Vertrag vorliege, an den die Creditoren nicht gebunden seien; —

C. Der Kläger halte die notarialische Fertigung hier darum nicht für nothwendig, da es sich um einen Eigenthumsübergang aus Erbschaft handle und er an den betreffenden Liegenschaften in seiner Stellung als Miterbe von Anfang an Miteigenthümer gewesen sei; für diese Ansicht citire er einen Fall aus dem Concurse des Gastwirthes Kölla von Schlieren, bei welcher Gelegenheit das Gericht in ähnlicher Sache das Beweisverfahren eingeleitet habe; —

D. Eventuell mache der Kläger für die bezahlte Auskaufssumme ein Retentionsrecht an den Liegenschaften geltend; dieses Begehren halte er, als das Mindere in dem Mehreren, formell für zulässig, obschon man eine Forderung im Concurse nicht angemeldet habe, da man immer compensiren dürfe; —

E. Die Beklagten bestreiten auch dieses Begehren, einestheils darum, weil ein solches im Concurse nicht angemeldet sei, anderntheils weil überhaupt eine Compensation hier nicht zulässig wäre, zumal der Kläger im Concurse eben so wenig eine Forderung geltend gemacht habe:: —

in Erwägung:

1) Daß, da der Kläger das Eigenthum an den vindicirten Grundstücken nicht aus einer Universalsuccession ableiten kann, sondern dasselbe auf einen speciellen Erwerbstitel gründet, ihm der Beweis für den Eigenthumsübergang obliegt; —

2) daß nun aber dieser Beweis nicht geführt ist, weil zum Eigenthumsübergange an Liegenschaften notarialische Fertigung gehört, die zugegebenermaßen hier nicht stattgefunden hat, daher gesetzt, es sollten die eingereichten Beweistitel ächt sein, hieraus lediglich folgen würde, daß der Kläger seinen Mitcontrahenten zur Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung, die Fertigung vornehmen

Digitized by Google

zu lassen, hätte anhalten können, während nunmehr aber dessen Creditoren für die persönliche Verpflichtung nicht einstehen müssen; —

3) daß demnach die Vindication verworfen werden muß und, wenn der Kläger zur Begründung seiner Behauptung einen Specialfall citirt, in welchem das hierseitige Bezirksgericht in einer ähnlichen Sache die nämliche Ansicht in sein Beweisdecret niedergelegt habe, dieses Beispiel durchaus nicht paßt, weil dort zugleich eine Forderung angemeldet war und die Beweisauflage sich einzig auf diese bezogen hat; —

4) daß endlich das angesprochene Retentionsrecht schon aus dem Grunde verworfen werden muß, weil ein solches im Concurse nicht einmal angemeldet wurde:: —

mit Einmuth erkannt:

1. Sei der Kläger mit seiner Vindication abgewiesen; —

2. Trage derselbe die Prozeßkosten und entschädige er die Beklagten zusammen mit 8 Fr.; —

3. Sei das Urtheil nach beschrittener Rechtskraft der Stadtnotariatskanzlei Zürich mitzutheilen.

Gemäß der von dem Kläger gegen das vorstehende bezirksgerichtliche Urtheil interponirten Appellation hat sodann das Obergericht am 10. März 1849 nach Einsicht der Acten und Anhörung der Parteivorträge, auf Grundlage der factischen Ergebnisse jenes Urtheiles, mit dem Zusatze:

Das Bezirksgericht Zürich habe durch Urtheil vom 17. Januar 1849 den Kläger mit seiner Vindication abgewiesen und demselben die Kosten, so wie eine prozessualische Entschädigung von 8 Fr. an die Beklagten auferlegt:: —

in Erwägung:

1) Daß, wenn zwar auch sowol in der Weisung, als in den klägerischen Vorträgen, die Klage als „Vindication" bezeichnet wird,

Digitized by Google

es sich doch offenbar um eine solche nicht handelt, da dieselbe das Innehaben der betreffenden Sache, resp. ein diesem Innehaben gleichgeltendes Verhältniß in der Person der Beklagten voraussetzt, während hier ja ganz im Gegentheile von dem Kläger behauptet wird, daß er das ganze väterliche Heimwesen und daher auch den seinem Bruder (dem jetzigen Cridaren) seinerzeit aus der Beerbung des Vaters angefallenen Theil in Folge eines mit ihm (dem Bruder) getroffenen Auskaufes schon längst und jetzt noch ausschließlich besitze und bewerbe, und daß dieser (jetzt streitige) Antheil des Bruders nur auf das Begehren der Creditoren desselben und darum, weil das ganze Heimwesen in den Notariatsprotokollen noch auf den Namen des verstorbenen Vaters stehe, dem Concursprotokolle einverleibt und Kläger eben durch diese Aufnahme behufs Wahrung seiner bedrohten Rechte gezwungen worden sei, klagend aufzutreten; —

2) daß daher hienach und nach dem ganzen Inhalte der klägerischen Vorträge Bedeutung und Zweck des Begehrens dahin aufgefaßt werden muß, daß die Beklagten für schuldig erklärt werden, die Streichung des fraglichen Antheiles des Cridars an dem väterlichen Heimwesen aus den Activen des Concursprotokolles zu gestatten und den Kläger als Eigenthümer oder doch als rechtmäßigen Besitzer anzuerkennen und ihn im ungestörten Besitze zu belassen, welches letztere eventuelle Gesuch offenbar nicht besonders glücklich durch ein (auf dem Wege der Klage geltend gemachtes!) angebliches Retentionsrecht hätte ausgedrückt werden sollen; —

3) daß, wenn nun zwar Kläger sein obiges Begehren auf das ihm jetzt schon an dem streitigen Theile des Heimwesens zustehende Eigenthum stützt und dieß — ungeachtet er mit Recht zugibt, daß bei uns in Folge einer Singularsuccession Eigenthum an Liegenschaften nur durch eine (hier unbestritten nicht erfolgte) Eintra-

Digitized by Google

gung in das notarialische Grundprotokoll übergehe, dadurch begründen will, daß seinem Erwerbe eine Universalsuccession zu Grunde liege — ihm hier auf keine Weise beigestimmt werden kann, indem die Universalsuccession nur für den, jedem Erben des Vaters zugefallenen Theil stattfand, der von ihm (Kläger) behauptete Erwerb des Antheiles seines Bruders aber, um den es sich jetzt gerade handelt, auf einem Kaufsgeschäfte (Auskauf), somit auf einem singulären Erwerbstitel, beruht; —

4) daß indeß dennoch, vorausgesetzt, daß der Cridar von dem Kläger wirklich für seinen Antheil ausgekauft und der Letztere in Folge dieses Auskaufes in den Besitz des ganzen Heimwesens, mithin auch des angekauften Theiles, gekommen, resp. darin verblieben wäre, das klägerische Begehren in der Hauptsache, nämlich insoweit es auf Streichung dieses angeblichen Activums aus dem Concursprotokolle und Schutz des Klägers in dem Besitze gerichtet ist (etwas Weiteres, und namentlich etwa Mitwirkung zur Uebertragung des fraglichen Antheiles auf den Namen des Klägers, ist nicht gefordert, weßhalb daher auch nicht untersucht zu werden braucht, ob die Masse des Verkäufers hiezu hätte angehalten werden können), für begründet angesehen werden müßte, weil die Masse des ausgekauften falliten Johannes Maurer, für welche die Beklagten jetzt auftreten, ihr Recht auf den fraglichen Theil des Heimwesens nur aus demjenigen des Cridars selbst ableiten kann, mithin auch ihr, wenn sie, gestützt auf die noch nicht erfolgte Umschreibung auf den Namen des Auskäufers, mit der Eigenthumsklage gegen den Letztern aufträte, die Einrede der Arglist (exceptio doli) in ihrer speciellen Gestalt als Einrede der verkauften und tradirten Sache (exceptio rei venditæ et traditæ) gerade so entgegenstehen würde, wie dieß gegenüber dem vindicirenden Cridaren selbst der Fall wäre, nun aber hieran sich durch den Umstand, daß durch die Aufnahme in das Concurs-

Digitized by Google

protokoll die prozessualische Stellung der Parteien sich verschoben hat und Kläger in die Rolle des Klägers hineingedrängt worden ist, Nichts ändert, als daß die Einrede der verkauften und tradirten Sache sich in eine, der Einrede des (formell noch fortdauernden) Eigenthums entgegenstehende Replik verwandelt; —

5) daß, weil nun zwar, wie es scheint, nicht der Besitz des Klägers, wol aber der stattgefundene Auskauf beklagterseits bestritten und namentlich die Aechtheit derjenigen (im Urtheile näher bezeichneten) Actenstücke, welche zum Beweise desselben eingelegt wurden, in Abrede gestellt worden ist, eine Rückweisung zur Abnahme dieses Beweises erforderlich wird: : —

mit Einmuth beschlossen:

1. Sei das Urtheil des Bezirksgerichtes Zürich aufgehoben und seien die Acten an dasselbe mit dem Auftrage zurückgewiesen, dem Kläger den in Erw. 5 bezeichneten Beweis abzunehmen, vorbehältlich des Gegenbeweises der Beklagten; sodann sei ein neues Urtheil auszufällen; —

2. Seien die bisherigen erst- und zweitinstanzlichen Prozeßkosten von den Parteien einstweilen zu gleichen Theilen zu tragen; —

3. Mittheilung dieses Urtheiles unter Rücksendung der Acten an das Bezirksgericht Zürich und an die Parteien.

Digitized by Google

XXV.

Ueber den Umfang der ehelichen Errungenschaft.

Das Bezirksgericht Zürich

hat

am 28. Februar 1849 in Sachen des Herrn Justus Wachter in Außersihl, als Vormundes der Frau Elisabetha Welti, Ehefrau des fallirten Spenglers Jacob Welti von Rheinau, seßhaft gewesen in Unterstraß, Klägerin (Anwalt Herr Fürsprech Dr. Schauberg), gegen Hrn. Heinrich Ulrich zum schwarzen Horn in Zürich (Anwalt Herr Fürsprech Meker), — ferner Hrn. S. Sieber im Sonnenhof in Zürich und Hrn. Friedrich Klenk, Bäcker in Unterstraß (Anwalt der beiden Letztern Herr Proc. Bräudlin), sämmtlich Beklagte, — betreffend Weibergut und Pfandrecht, — über die Rechtsfrage: „Ob die von der Klägerin in dem Concurse ihres Ehemannes angemeldete Weibergutsforderung im Betrage von 1400 fl. sammt Zins zu 5 % seit dem Tage des ausgebrochenen Concurses, so wie die dafür angesprochenen Pfandrechte laut Weibergutsversicherungsbriefes vom 17. April 1848 und freiwilliger Pfandverschreibung vom 28 gl. M., eventuell das Privilegium des Weibergutes, begründet seien?“

da sich ergeben:

A. Klägerin, deren Ehemann am 13. October v. J. verrechtfertigt worden sei, nachdem am 28. August in Folge durchgeführten Rechtstriebes die Concurseröffnung stattgefunden, habe in dem Concurse desselben eine Weibergutsforderung im Betrage von 1400 fl. angemeldet und für dieselbe theils ein Pfandrecht auf Liegenschaften laut Weibergutsversicherungsbriefes vom 17. April 1848 (Act. 4), theils ein Pfandrecht auf Fahrhabe laut freiwilliger Pfandverschreibung vom 28. gl. M. (Act. 3), eventuell das gesetzliche Privilegium des Weibergutes angesprochen (Act. 29); —

Digitized by Google

B. Gegen diese sämmtlichen Ansprachen der Klägerin haben die Beklagten protestirt; — da schon vorher zwischen Herrn Ulrich zum schwarzen Horn als Kläger und der Ehefrau Welti als Beklagte über die Gültigkeit der freiwilligen Pfandverschreibung (Act. 3), welche einem zu Gunsten des Herrn Ulrich herausgekommenen Pfandschein vom 27. Mai v. J. vorgestellt worden, ein Prozeß eingeleitet und bis zum Beweisverwahren vorgeschritten gewesen sei, so habe das Gericht am 13. November v. J. beschlossen, die durch die notarialische Weisung (Act. 29) an dasselbe gewiesene Auffallspendenz mit jenem frühern Prozesse zu vereinigen; —

C. Der Anwalt der Klägerin habe zur Begründung ihrer Weibergutsforderung angeführt:

Der Beweis dafür, daß Klägerin ihrem Ehemanne ein Weibergut von 1400 fl. zugebracht habe, liege schon in dem Schuldbekenntnisse des Mannes, welches die Urkunden Act. 3 und 4 enthalten; denn wenn auch diese Versicherungsurkunden nicht sehr lange vor dem Concurse des Welti errichtet worden seien, so genüge dieses doch nicht, um deren Inhalt für unwahr und auf Betrug beruhend zu halten; — übrigens könne auch noch nachgewiesen werden, wie die Ehefrau zu den 1400 fl. gekommen sei; — 200 fl. seien ihr nämlich bei ihrer Verehelichung mit Welti von dem Heimatlosenverein ausbezahlt worden, wie eine Bescheinigung des gewesenen Quästors dieses Vereins, Herrn altRegierungsrath Pestalozzi (Act. 5), beweise; — ferner habe sie wiederholt glücklich in Lotterien gespielt, namentlich im Jahre 1836 in der Urner Lotterie 2000 Fr. oder nach Abrechnung des üblichen Abzuges von 10 % die Summe von 1800 Fr. oder 1125 fl. gewonnen, ferner in der Baarer Lotterie und in einer solchen zu Küßnacht eine goldene Cylinderuhr und eine Decimalwaage, für welche ihr Herr Justus Wachter 122 Fr. bezahlt habe, die ebenfalls dem Ehemanne zugekommen seien; — die erwähnten 1125 fl. seien zur Zahlung eines Theiles des Kaufpreises für das Haus des Ehemannes

Digitized by Google

Welti verwandt worden, wie die von dem Verkäufer Küfer Frei ausgestellte Quittung (Act. 9) beweise; — für die angegebenen Lotteriegewinnste werden als Beweismittel eingelegt:

1) Ein Schreiben ohne Datum der Lotteriedirection des Cantons Uri an Herrn Stempelmann in Zürich, enthaltend die Anzeige, daß derselbe in seiner Collecte dritter Classe der 50. Geldlotterie mit Nr. 1761 2000 Fr. oder nach Abzug von 200 Fr. netto 1800 Fr. gewonnen habe (Act. 6);
2) eine Gewinnliste dritter Klasse der 50. Geldlotterie des Cantons Uri, wonach bei der Ziehung am 13. Brachmonat 1836 unter andern das Loos Nr 1761 einen Gewinnst von 2000 Fr. erhalten habe (Act. 7);
3) einen Plan der nämlichen Lotterie, wonach der größte Gewinn der dritten Klasse 2000 Fr. betragen habe (Act. 8);
4) Billet Nr. 151 für eine in Küßnacht bei Zürich im Januar 1847 veranstaltete Möbellotterie, auf dessen Rückseite folgende Bemerkung geschrieben stehe:

   „Nr. 151 hat gewonen laut Plan Nr. 13 1 Dezimalwaag à 44 Franken werth.

   „gezogen den 15. Februar 1847

   „Frau Welti Unterstr." (Act. 10);
5) ein Billet Nr. 9399 zur dritten Auslooſung von Waaren und Geld in Baar, welche am 19. Weinmonat 1846 stattgefunden habe, mit folgender Notiz auf der Rückseite:

   „Goldene Damen-Uhr 112 Franken werth." (Act. 11);
6) einen Plan für die nämliche Verlooſung, wonach der eilfte, zwölfte und dreizehnte Gewinn, jeder in einer goldenen Cylinderuhr im Werthe von 112 Fr., bestanden habe (Act. 12);
7) Eine Anzeige des Unternehmers der nämlichen Lotterie, Heinrich Wyß, daß Frau Elisabetha Welti in Unterstraß mit Nr. 9394 2 Fr. und mit Nr. 9399 eine goldene Cylinderuhr à 112 Fr (Nr. 12 der Gewinnliste) gewonnen habe (Act. 13);

Digitized by Google

8) eine Gewinnliste über die nämliche Verloosung, wonach auf die Nr. 9394 und 9399 die oben angegebenen Gewinnste gefallen seien (Act. 14); —

D. Von Herrn Fürsprech Meier sei Namens der Beklagten erwidert worden:

Das in Act. 3 und 4 enthaltene Schuldbekenntniß des Mannes sei ganz ohne Gewicht, da es offenbar in Voraussicht des nahen Concurses und in der Absicht, die Ehefrau zum Nachtheil der Creditoren zu begünstigen, erfolgt sei; — aus einem Auszuge aus den Protokollen des hiesigen Schuldenschreibers (Act. 16) sei nämlich ersichtlich, daß vom Ende Februar bis August 1848 zehn niedere und vier hohe Betreibungen, und zwar meist für beträchtliche Posten, gegen den Ehemann Welti stattgefunden haben, und daß namentlich das Rechtsbot für die 906 fl. 26 ß. betragende Forderung des Hrn. Ulrich zum schwarzen Horn am 2. Mai, also nur wenige Tage nach der Errichtung der Pfandverschreibung (Act. 3), dem Schuldner angelegt worden sei; — was die 200 fl. von dem Heimatlosenvereine betreffe, so werde anerkannt, daß dieser Betrag der Klägerin ausbezahlt worden sei, dagegen bestritten, daß sie diese Summe ihrem Manne zugebracht habe; dieses sei um so weniger anzunehmen, als nach Act. 5 die 200 fl. am 24. März 1826 der Klägerin übergeben worden seien, während dieselbe sich erst im Jahre 1832 mit Spengler Welti verheirathet habe; — auf die angeblichen Lotteriegewinnste komme Nichts an, weil Alles, was die Ehefrau während der Ehe erwerbe, sei es durch ihre Thätigkeit oder durch Glücksfälle, dem Manne gehöre; — bestritten werde, daß die Ehefrau aus ihrem Gelde in die Lotterie gesetzt habe; übrigens würde auch in diesem Falle der Gewinn dem Manne zukommen; — aus den eingelegten Urkunden gehe auch der Beweis für die angeblichen Gewinnste der Klägerin nicht hervor, denn in den Actenstücken 6, 7 und 8 komme der Name derselben nirgends vor, und zudem werde die Glaubwürdigkeit dieser Urkunden bestritten; — bei der Quittung (Act. 9) werde die Aechtheit der Unterschrift, so wie die Richtigkeit der auf den Rückseiten

Digitized by Google

von Act. 10 und 11 enthaltenen Notizen gänzlich in Abrede gestellt; — die Actenstücke 12 und 14 beweisen gar Nichts und der Anzeige Act. 13 werde jede Glaubwürdigkeit bestritten; —

E. Nachdem der Klägerin der Beweis für das Zubringen des nun geforderten Weibergutes aufgelegt worden, habe deren Anwalt noch folgende Beweismittel beigebracht, resp. bezeichnet:

I. Dafür, daß der Ehefrau Welti, deren Verehelichung allerdings laut pfarramtlichen Zeugnisses (Act. 18) erst am 30. Juli 1832 stattgefunden habe, nicht schon im Jahre 1826, wie in Act. 5 irrig angegeben sei, sondern im Jahre 1832 von dem Vereine für Unterstützung von Heimatlosen 200 fl. ausbezahlt worden seien, leiste ein Schreiben des Herrn altRegierungsrath Pestalozzi an Herrn Fürsprech Dr. Schauberg (Act. 25) den Beweis, indem darin erklärt werde, daß am 24. März 1826 der Schwester der Klägerin 200 fl. ausbezahlt worden seien, die Zahlung einer gleich großen Summe an die Klägerin selbst dagegen im Jahre 1832 stattgefunden habe, was zwar, da die Bücher des Heimatlosenvereines nicht sogleich aufgefunden werden, nicht durch einen Buchauszug bewiesen werden könne, wofür aber der Beweis durch Zeugen wol zu erbringen wäre; später habe dann Herr Schauberg noch ein Zeugniß des Herrn altRegierungsrath Pestalozzi in Act. 28 nachgebracht, wörtlich so lautend:

„Der Unterzeichnete erklärt anmit, daß der früher bestandene Verein zur Unterstützung von Heimatlosen an Elisabetha Welti zum Behuf ihrer Verheirathung mit Jakob Welti, und zur Herstellung des von der neuen Heimathsgemeinde Rheinau geforderten eigenthümlichen Vermögens, ihr unterm 20. Juli 1832 die Summe von 200 fl. hies. Währung bewilligt und ausbezahlt habe

„Dieses als mit den Rechnungen des Vereins übereinstimmend bescheinigt der gewesene zweite Quästor des nunmehr aufgelösten Vereins zur Unterstützung von Heimatlosen.

„Zürich den 4. November 1848

„Pestalozzi, alt Regierungsrath."

Digitized by Google

Auf den Fall, daß diese schriftlichen Zeugnisse nicht genügen sollten, werden die Herren altRegierungsrath Pestalozzi und Antistes Füßli als Zeugen angerufen; —

II. Betreffend die der Klägerin zugefallenen Lotteriegewinnste werde der Beweissatz aufgestellt:

„Daß Frau Welti aus ihrem Gelde in die Lotterieen, namentlich in die Urnerlotterie gesetzt, darin die angegebenen Gewinnste, namentlich denjenigen von 1800 Fr. gemacht und das so gewonnene Geld ihrem Ehemann zugebracht, resp. an das von demselben erkaufte Haus bezahlt habe", —

und als Zeugen benannt:

1. Stempelmann, Vater, im Riesbach,
2. C. Steinemann daselbst,
3. Ulrich Frei, Küfer, von Kurzdorf bei Frauenfeld,
4. Heinrich Küng, Färber in Hottingen,
5. Johannes Baiter, Schuster im Riesbach,
6. Diethelm Städeli, Schuster in Wipkingen,
7. altGemeindeammann Bär in Unterstraß,
8. Präsident Zangger in Unterstraß,
9. Zunftrichter Jud in da,
10. Weinschenk Heinrich Moos in da,
11. Justus Wachter in Außersihl,
12. Jacob Ritter in der Brunngasse Nr. 425,
13. Rudolf Schmid zur Sonne in Unterstraß,
14, 15. Gebrüder Jacob und Heinrich Leemann im untern Weier in Wipkingen; —

Uebrigens halte Herr Fürsprech Dr. Schauberg diesen Zeugenbeweis für überflüssig, weil die zu erweisenden Thatsachen schon durch die eingelegten Urkunden, welche im Zusammenhange aufzufassen seien, hinlänglich festgestellt werden; — Stempelmann sei eben der Collecteur, von welchem Frau Welti ihr Loos bezogen habe; — die

Digitized by Google

Zeugen sollen auch angeben, daß Frau Welti, um in der Urner Lotterie spielen zu können, selbst Geld entlehnt habe; — übrigens würde der Gewinnst auch dann ihr gehören, wenn sie mit Geld ihres Ehemannes auf ihren Namen gespielt hätte; — die Aechtheit der Unterschrift in Act. 9 könne durch Befragung des Ausstellers dieser Quittung, welcher sich unter obigen Zeugen befinde, hergestellt werden; zur Unterstützung der bereits eingelegten Urkunden betreffend die Lotteriegewinnste werde noch ein Zeugniß des Justus Wachter vom 5. April 1848 producirt, des Inhalts: „Er habe von Frau Welty in Unterstraß eine Cilinder Uhr von Gold und mit silbernem Zifferblatt nebst einer Decimalwaage um 122 Fr. gekauft und bezahlt" (Act. 19); — endlich sei noch Baptist Thiermüller als Zeuge benannt worden mit der Angabe, derselbe habe die Uhr um 100 Fr. gekauft; —

F. Herr Fürsprech Meier habe über diese Beweismittel und Beweisanerbieten Namens der Beklagten bemerkt:

Zu I. Die Richtigkeit der Attestate Act. 25 und 28 werde nicht bestritten, somit die Einvernahme der Zeugen über diesen Punkt nicht verlangt, dagegen trage er auf Präclusion der zuletzt beigebrachten Bescheinigungen wegen Verspätung an; ferner gesetzt, es würde das Act. 28 Enthaltene als wahr angenommen, so würde daraus noch nicht folgen, daß die Klägerin die am 20. Juli 1832 erhaltenen 200 fl. ihrem Manne in die Ehe gebracht habe, da die Heirath erst zehn Tage später erfolgt sei, und sich nun sehr wol denken lasse, daß die 200 fl. in der Zwischenzeit zur Bezahlung alter Schulden der Klägerin oder noch eher zur Anschaffung ihrer Aussteuer verwendet worden seien; —

Zu II. Die Erheblichkeit des aufgestellten Beweissatzes betreffend die Lotteriegewinnste werde bestritten theils darum, weil, wie schon früher gesagt, Alles, was die Frau während der Ehe erwerbe, sei es durch Arbeit, oder durch ihr Geld, oder sonst, dem Ehemanne zugehöre, theils auch, weil die Zeugen über den wichtigsten Punkt, nämlich

Digitized by Google

daß Klägerin aus eigenem Gelde in die Lotterie gesetzt habe, also daß sie Eigenthümerin des fraglichen Geldes gewesen sei, ein Urtheil abgeben müßten; — zudem sei schon von vorne herein anzunehmen, eine Heimatlose besitze nicht so viel Taschengeld, um daraus in einer Lotterie mit Einsätzen spielen zu können; — von den Zeugen werde Justus Wachter für unzulässig erklärt, da derselbe der Vogt der Klägerin und sehr betheiligt sei, weßhalb auch sein schriftliches Zeugniß (Act. 19) Nichts beweise; —

[Eine gegen den Zeugen Stempelmann erhobene Protestation wegen falliten Zustandes habe Herr Fürsprech Meier zurückgezogen, nachdem von Seite der Klägerin ein notarialisches Zeugniß beigebracht worden, daß Stempelmann rehabilitirt sei (Act. 24)]; —

Endlich werde Baptist Thiermüller als einzeln stehender Zeuge bestritten; —

G. Herr Fürsprech Dr. Schauberg habe replicirt: Der aufgestellte Beweissatz sei unzweifelhaft erheblich, und zwar selbst, wenn nicht erwiesen würde, daß die Klägerin aus eigenem Gelde gespielt habe; — solche Gewinnste, welche der Frau während der Ehe zufallen, vermehren ihr Weibergut so gut als Erbschaften; — der Mann erhalte nur die während der Ehe aus dem Vermögen der Frau bezogenen Früchte als Eigenthum; — so wie ein Ehemann seine Frau ermächtigen könne, ganz selbstständig einen Handel zu treiben, könne er auch sie ermächtigen, auf eigene Rechnung in der Lotterie zu spielen, und auf einen gemachten Gewinn verzichten; — gegen Justus Wachter könne nicht eingewendet werden, daß er befangen sei, weil derselbe weder zur Zeit des Kaufabschlusses noch zur Zeit der Ausstellung des Zeugnisses (Act. 19) Vogt der Klägerin gewesen sei; — von Präclusion der Zeugnisse betreffend die 200 fl. vom Heimatlosenverein könne keine Rede sein; auch die Einrede, daß das Einbringen dieser 200 fl. in die Ehe unerwiesen sei, halte nicht Stich, da die Vermuthung dafür spreche, daß ein unmittelbar vor der Heirath der Ehefrau zugekommenes Capital

Digitized by Google

in die Ehe gebracht worden sei, und diese Vermuthung in gegenwärtigem Falle sich noch dadurch unterstützt finde, daß der Zweck des Heimatlosenvereines gerade der gewesen sei, durch Ausbezahlung eines Heirathsgutes die Verehelichung solcher Heimatlosen möglich zu machen; — Schulden habe die Klägerin vor ihrer Verehelichung keine gehabt, und auch zur Aussteuer seien die 200 fl. nicht verwandt worden; — zudem habe ja Klägerin im Concurse ihres Ehemannes Nichts vindicirt (Dieses sei nach dem Auffallsprotokolle richtig); — mit Bezug auf die hier zur Anwendung kommenden Rechtsgrundsätze werde noch auf einen obergerichtlichen Entscheid verwiesen, welcher in Schaubergs Beiträgen, Bd. X. S. 39, Nr. 10, abgedruckt sei; —

H. In der Duplik habe Herr Fürsprech Meier noch bemerkt: Er bestreite, daß der Ehemann Welti der Klägerin die Erlaubniß ertheilt habe, in der Lotterie zu spielen und den Gewinnst für sich zu behalten; — eine Präsumtion dafür, daß die Ehefrau Das, was sie vor der Ehe erhalten, auch in die Ehe gebracht habe, existire *nicht*, und der citirte obergerichtliche Entscheid finde keine Anwendung auf den vorliegenden Fall; — daß Klägerin im Concurse des Ehemannes Nichts vindicirt habe, möge daher rühren, daß die aus den 200 fl. angeschafften Gegenstände während der Ehe zu Grunde gegangen seien:: —

in Erwägung:

1) Daß das Schuldbekenntniß des Ehemannes Welti in dem zu Gunsten seiner Frau am 17. April v. J. errichteten Versicherungsbriefe (Act. 4), so wie in der vom 28. gl. M. datirten Pfandverschreibung (Act. 3) keinen Beweis für die Größe des von der Klägerin ihm wirklich zugebrachten Weibergutes bildet, weil aus dem Verzeichnisse der vom Ende Februar bis Ende August, in welchem letztern Zeitpunkte der Concurs gegen Welti eröffnet wurde, gegen ihn angehobenen Betreibungen (Act. 16) geschlossen werden muß, daß schon im April Welti die Möglichkeit, ja

Digitized by Google

Wahrscheinlichkeit vorausgesehen habe, daß er nicht im Stande sein werde, seine Creditoren zu befriedigen, unter diesen Umständen aber es in seinem eigenen Interesse lag, das Weibergut möglichst groß darzustellen, um in einem künftigen Concurse einen möglichst großen Theil der Activen seiner Familie zu erhalten; —

2) daß, wenn sich nun fragt, ob die klägerische Forderung durch anderweitige Beweismittel hergestellt sei, oder ob doch zu Herstellung derselben taugliche Beweismittel bezeichnet seien, zu unterscheiden ist zwischen denjenigen 200 fl., welche Klägerin von dem Vereine zur Unterstützung von Heimatlosen erhalten haben will, und allen übrigen Posten, welche auf Lotteriegewinnsten theils an Geld, theils an Fahrhabegegenständen beruhen sollen; —

3) daß, was jene 200 fl. betrifft, der Anwalt der Beklagten selbst anerkennt, daß durch die eingelegten Beweismittel, sofern sie berücksichtigt werden, der Beweis dafür geleistet sei, daß Klägerin zehn Tage vor ihrer Verehelichung 200 fl. als Geschenk von dem erwähnten Vereine bezogen habe, daher es sich fragt, ob der von Herrn Fürsprech Meier gestellte Antrag auf Präclusion der Bescheinigung (Act. 28) begründet sei; —

4) daß diese Frage zu verneinen ist, da es nicht Schuld des klägerischen Anwaltes war, daß sich in die von ihm schon vor Gericht eingelegte Bescheinigung des Herrn altRegierungsrath Pestalozzi vom 12. April (Act. 5) ein Irrthum eingeschlichen hatte, nachher dann auch, nachdem durch Verfügung vom 30. October, insin. am 2. November, der Klägerin eine achttägige Frist a dato insin. angesetzt worden war, um durch beglaubigten Auszug aus den Büchern des Heimatlosenvereines jenen Irrthum zu berichtigen, Herr Schauberg zuerst am 5. November den Brief (Act. 25) und am 7. gl. M., also ebenfalls noch rechtzeitig, das Attestat (Act. 28) beibrachte, der Umstand aber, daß auch dieses letztere Attestat wegen eines darin enthaltenen Mangels zur Ergänzung

Digitized by Google

zurückgegeben wurde und erst am 12. November, also nach Verfluß der achttägigen Frist, wieder zu den Acten kam, die Präclusion dieses Actenstückes nicht zur Folge haben kann, da der Anwalt der Klägerin Alles gethan hatte, um rechtzeitig der ihm gemachten Auflage nachzukommen; —

5) daß, wenn der Anwalt der Beklagten einwendet, aus der Bezahlung von 200 fl. an die Klägerin folge noch nicht, daß dieselbe diese Summe zehn Tage nach deren Empfang noch besessen und ihrem Ehemanne zugebracht habe, da ja möglich sei, daß sie daraus alte Schulden bezahlt oder ihre Aussteuer angeschafft habe, hierauf zu erwiedern ist, daß die bloße Möglichkeit des Vorhandenseins früher contrahirter Schulden beim Mangel jedes Beweises oder auch nur einer bestimmten Behauptung nicht berücksichtigt werden kann, ferner die Verwendung der 200 fl. zu Anschaffung ihrer Fahrhabegegenstände um so weniger wahrscheinlich ist, als Klägerin im Concurse ihres Ehemannes keinerlei Fahrhabe vindicirt, überhaupt aber bei der Kürze der zwischen der Ausbezahlung der 200 fl. an die Klägerin und ihrer Heirath verflossenen Zeit um so eher anzunehmen ist, daß sie die erwähnte Summe ihrem Manne zugebracht habe, als dieselbe von dem Heimatlosenvereine (nach Act. 28) gerade zu dem Zwecke bewilligt wurde, der Klägerin die Verehelichung mit Spengler Welti zu erleichtern und ihr die Leistung des von ihrer neuen Heimatsgemeinde geforderten Vermögensausweises möglich zu machen; —

6) daß, wenn nun auf die andern 1200 fl. der klägerischen Forderung übergegangen wird, welche sämmtlich entweder direct aus Lotterieen von der Klägerin gewonnen worden seien, oder aber aus dem Erlöse in Lotterieen gewonnener Gegenstände herrühren sollen, vor Allem die Frage zu beantworten ist, ob Gewinnste, welche eine Ehefrau während der Ehe in Lotterieen macht, sei es nun, daß sie aus eigenem Gelde darein gesetzt oder dazu Geld von ihrem

Digitized by Google

Manne genommen habe, ihr Weibergut vermehren, indem, wenn diese Frage verneint werden muß, die von dem klägerischen Anwalte angebotenen Beweise betreffend die seiner Clientin zugefallenen Lotteriegewinnste sämmtlich als unerheblich wegfallen; —

7) daß nun als Regel in unserm Rechte gilt: „Das Weibergut soll weder wachsen noch schwinden", — ein Satz, welcher nicht nur im Stadt- und Landrechte (Thl. X. §. 18, S. 144), sondern namentlich auch in dem Erbrechte der Stadt Rheinau, wo Klägerin verbürgert ist, sich ausgesprochen findet, verbis: „Das während der Ehe errungene Gut solle als Mannsgut gehalten und betrachtet werden, da das Weibergut weder wachsen noch schwinden solle und der Mann hiefür lebenslänglich gutstehen muß" (Art. 7); —

8) daß nun zwar dieser Satz keineswegs strengwörtlich so zu verstehen ist, daß gar Nichts, was während der Ehe von der Ehefrau erworben werde, im Stande sei, ihr Vermögen zu vermehren; sondern dieselbe bei Trennung der Ehe unter allen Umständen nur so viel zu beziehen habe, als von ihr bei Eingehung der Ehe dem Manne zugebracht worden, vielmehr unzweifelhaft feststeht, daß, was die Ehefrau während der Ehe vermöge Intestaterbrechts erwirbt, als Vermehrung des Weibergutes und nicht als ein Bestandtheil der dem Manne gehörenden ehelichen Errungenschaft zu behandeln ist, — ein Grundsatz, welcher z. B. der im Stadterbrechte (Thl. II. §. 1, Lemma 1) enthaltenen Bestimmung, daß die Ehefrauen „um alles das, so sie an ligendem oder fahrendem Gut ihren Ehemännern zubringen, oder was sie in während dem Ehestand von den Ihrigen nahen ererbt, ein fleißiges und getreues Verzeichniß machen" sollen, offenbar zu Grunde liegt; —

9) daß aber eine ähnliche Ausnahme von der Regel, daß alles während der Ehe von dem einen oder anderen Ehegatten Erworbene ausschließliches Eigenthum des Mannes werde, mit Bezug auf

Digitized by Google

Spiel- und Lotteriegewinnste der Frau weder durch eine Gesetzesvorschrift eingeführt ist, noch auch sonst sich begründen läßt, da

a) in denjenigen Bestimmungen des Stadtrechtes, wo von der Ausscheidung des Vermögens zweier Ehegatten nach dem Tode des einen die Rede ist (Thl. II, S. 1, Lemma 2 u. 3, §. 19 bis 26), überall das zugebrachte und während der Ehe ererbte Gut dem „fürgeschlagenen Gut" als directer Gegensatz, und ohne daß noch von einer dritten Klasse von Vermögensstücken die Rede ist, entgegengesetzt wird, woraus folgt, daß der Gesetzgeber Alles, was nicht entweder bei Eingehung der Ehe von der Frau ihrem Manne zugebracht wird, oder während der Ehe durch Erbschaft der Frau zufällt, als vorgeschlagenes Gut oder eheliche Errungenschaft, somit als Eigenthum des Mannes betrachtet wissen wollte, —

b) ein genügender Grund, die Ehefrau mit Bezug auf Lotterie- und andere Spielgewinnste besser zu stellen, als mit Bezug auf den Erwerb durch ihre Händearbeit, sich nicht auffinden läßt, im Gegentheil das Lotteriespiel, durch welches weit öfter der ökonomische Ruin der Spielenden, als deren Glück herbeigeführt wird und welches eben darum auch unsere Gesetze möglichst zu verhindern suchen, keinerlei indirecte Begünstigung verdient, —

c) auch im deutschen Rechte, auf welches sich die bei uns geltenden Grundsätze über das Güterrecht der Ehegatten basiren, der Begriff der ehelichen Errungenschaft von anerkannten Schriftstellern so bestimmt wird, daß er alles Vermögen der Ehegatten umfaßt, mit alleiniger Ausnahme des in die Ehe bei deren Eingehung Eingebrachten und des durch Nachlaß, allfällig auch durch Geschenk dem einen Gatten während der Ehe Zugekommenen, so daß namentlich zur Errungenschaft auch Dasjenige gehört, was durch Glücksfälle, z. B. durch

Digitized by Google

Gewinn in einer Lotterie, einem Ehegatten zufällt (vgl. Hasse, Beitrag zur Revision der Theorie der ehelichen Gütergemeinschaft, §. 61, S. 197, und Scherer, die vorherrschende Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft, Thl. II. § 217, S. 119); —

10) daß zwar in Frage kommen könnte, ob nicht Lotteriegewinnste wenigstens dann der Ehefrau als Eigenthum zufallen, wenn von ihr der Einsatz in die Lotterie aus ihrem Spargute, dessen Verwaltung ihr ausschließlich und ohne Einmischung des Mannes zusteht, genommen worden, nun aber diese Frage hier darum bei Seite gelassen werden kann, weil weder behauptet worden noch auch sonst wahrscheinlich ist, daß Klägerin außer ihrem durch Geschenk des Heimatlosenvereines erworbenen Weibergute von 200 fl. noch ein besonderes ihr von dem Manne zur eigenen Verwaltung überlassenes Spargut besessen habe; —

11) daß nach dem Gesagten die Beweissätze der Klägerin als unerheblich erscheinen, so daß es nicht erforderlich ist, auf die persönliche Zulässigkeit des bestrittenen Zeugen (Wachter) einzutreten; —

12) daß gegen die Forderung von Zinsen seit dem Ausbruche des Concurses, und zwar zu 5 %, Nichts eingewandt worden ist; —

13) daß endlich das von der Klägerin angesprochene Pfandrecht an Liegenschaften und Fahrhabe bis auf denjenigen Betrag ihrer Forderung, welcher sich als begründet darstellt, gutzuheißen ist, da die freiwillige Pfandverschreibung (Act. 3) sowol als der Weibergutssicherungsbrief (Act. 4) alle Requisite formeller Gültigkeit an sich tragen und auch von Seite der Beklagten gegen dieselben keine andere Einwendung erhoben worden ist als die, daß um der Umstände und der Zeit ihrer Errichtung willen das in ihnen enthaltene Schuldbekenntniß keinen Glauben verdiene, also die Beklagten selbst nicht zu bestreiten scheinen, daß, soweit

Digitized by Google

durch vorhandene Beweismittel die Existenz einer Weibergutsforderung hergestellt werden könne, derselben, gestützt auf Act. 3 und 4, Pfandrechte zustehen; —

14) daß demnach auf das nur eventuell angesprochene Privilegium nicht eingetreten zu werden braucht:: —

durch Stimmenmehrheit erkannt:

1. Seien die von der Klägerin im Concurse ihres Ehemannes angemeldete Weibergutsforderung bis auf den Betrag von 200 fl. sammt Zins zu 5 % vom Tage des Concursausbruches an, so wie die dafür angesprochenen Pfandrechte laut Weibergutsversicherungsbriefes vom 17. April 1848 und laut freiwilliger Pfandverschreibung vom 28. gl. M. begründet; mit ihrer weiter gehenden Forderung sei Klägerin abgewiesen; —

2. Seien die Prozeßkosten zu 1/7 von den Beklagten und zu 6/7 von der Klägerin zu tragen; —

3. Mittheilung an die Parteien gegen Insinuationsdocument und nach beschrittener Rechtskraft an die Notariatskanzlei IV Wachten unter Rücksendung des Auffallsprotokolles; —

Sodann wurde mit Bezug auf Act. 9 eine auf ein ungestempeltes Octavblatt geschriebene Quittung für 1125 fl., eingelegt von der Klägerin, — in Anwendung der §§. 3 c, 7 und 8 des Gesetzes betreffend die Stempelabgabe — beschlossen:

1. Sei die Kanzlei beauftragt, das fragliche Actenstück mit dem außerordentlichen Stempel versehen zu lassen; —

2. Sei der Klägerin eine Stempelbuße von 5 Batzen aufgelegt; —

3. Mittheilung an dieselbe.

Digitized by Google

Das Obergericht hat sodann am 12. Mai 1849 in Folge der von der Klägerin gegen das bezirksgerichtliche Urtheil eingelegten Appellation,

in Erwägung:

1). Daß mit Bezug darauf, ob

1. der Weibergutsversicherungsbrief vom 17. April 1848 und die Pfandverschreibung vom 28. gl. M., Act. 4 und 3 zu Herstellung des von der Beklagten geltend gemachten Weibergutes genügen, und

2. das Attestat des gewesenen Quästors des Vereines zur Unterstützung von Heimatlosen Act. 28 zum Beweise eines Einbringens in die Ehe von 200 fl. zureiche, —

lediglich auf die erstinstanzlichen Erw. 1—5 incl. verwiesen werden kann und hinsichtlich des zweiten Punktes nur noch beizufügen ist, daß, wenn auch die Auszahlung der 200 fl. zehn Tage vor der Hochzeit stattgefunden hat, und aus dem Attestate nicht hervorgeht, daß sie an dem damaligen Bräutigam geschehen sei, und es auch ferner richtig ist, daß dießseitige Stelle in andern Fällen und namentlich in dem von der beklagten Partei angeführten, in Sachen Ulrich c. Ehefrau und Kinder Schärer vom 2. October 1848, den Beweis der kurz vor der Heirath erfolgten Auszahlung eines Guthabens an die Braut für das Einbringen der herrührenden Summe in die Ehe nicht für genügend ansah, doch im vorliegenden Falle in Betracht fällt, daß nicht nur von dem Quästorate ausdrücklich bezeugt wird, es sei die Zahlung „zum Behufe der Verheirathung und zu Herstellung des von der neuen Heimatsgemeinde Rheinau *geforderten* eigenthümlichen Vermögens" erfolgt, also wol angenommen werden darf, daß von Seite dieser Gemeinde eine gewisse Controlle über die dem Zwecke entsprechende Verwendung stattgefunden haben werde, sondern und wesentlich auch, daß die Beklagte keinerlei Fahrhabe in dem Concurse ihres Ehemannes als ihm zugebracht anspricht und daher

Digitized by Google

die in dem citirten Urtheile als sehr nahe liegende Möglichkeit einer aus der betreffenden Summe erfolgten Anschaffung von Aussteuerungsgegenständen (in dem Urtheile wird von vindicirten „zum Theil sehr werthvollen Fahrhabestücken", so wie dem Mangel jeder Hinweisung darauf, daß die damalige Beklagte anderes Vermögen, aus welchem sie dieselben angeschafft haben könnte, gesprochen) hier gar nicht eintritt; —

2) daß, was sodann die 1200 fl. anbetrifft, welche die Klägerin während der Ehe durch Lotteriegewinnste für sich erworben und ihrem Ehemanne zugewendet haben will, vorerst die Frage entsteht, ob unter Voraussetzung solcher von der Klägerin gemachten Gewinnste und des geschehenen Einbringens dieselben als, wie die Klägerin behauptet, eigenthümliches Vermögen der Frau (Weibergut) oder nach der Ansicht der Beklagten als ehelicher Vorschlag (Errungenschaft) anzusehen seien, — und nun dießfalls eine ausdrückliche Bestimmung in unsern Gesetzen sich nicht findet, auch ein sicherer Schluß sich weder aus Stadt- und Landrecht, Thl. III. §. 5; noch aus dem von der ersten Instanz angeführten §. 18 des zehnten Theiles des Stadt- und Landrechts, und dem damit übereinstimmenden Art. 7 des Erbrechtes der Stadt Rheinau (bei Pestalutz, zürch. Statuten, Bd. I. S. 3), welches als Heimatsrecht der Eheleute Witti bei Beurtheilung ihrer ehevechtlichen Güterverhältnisse zunächst zur Anwendung kommt, ziehen läßt, da die erste Stelle (§ 5 cit.) nur das „gewonnene und errungene" Gut im Gegensatze des „ererbten" definiren soll und keinen Bezug darauf, was in der Ehe als Vorschlag oder Errungenschaft im Gegensatze des jedem Ehegatten eigenthümlichen Vermögens anzusehen sei, nimmt, während der in dem cit. § 18 und Art. 7 ausgesprochene Grundsatz, es solle das Weibergut während der Ehe „weder wachsen noch schwinden" (weder zu- noch abnehmen), bloß die Berechtigung des Ehemannes zur Nutznießung

Digitized by Google

des Weibergutes und auf den ehelichen Vorschlag, resp. den Umfang seiner Restitutionspflicht und die Art seiner Haft ausspricht, die Frage aber, was Weibergut, beziehungsweise eheliche Errungenschaft sei, nicht berührt, vielmehr die Bestimmung dieser Begriffe selbst lediglich auf sich beruhen läßt, — indeß dennoch der von der ersten Instanz aufgestellten Ansicht, daß ein während der Ehe gemachter Lotteriegewinn, auch wenn das Spiel auf den Namen der Frau stattgefunden hätte, als in der Ehe vorgeschlagenes, errungenes Gut anzusehen sei und daher nicht zu dem Eingebrachten der Frau (dem Weibergute) gehöre, im Zweifel und als die Regel bildend, beizutreten ist, weil der §. 1 des zweiten Theiles des Stadt- und Landerbrechtes, welches in Ermangelung einer dießfälligen näheren Bestimmung des hinsichtlich des ehelichen Güterstandes mit dem Stadtrechte übereinstimmenden Rhodianer Rechtes subsidiär Anwendung findet, in allen den verschiedenen darin behandelten Bezeichnungsfällen als der Frau eigenthümliches Vermögen (Weibergut) wiederholt und immer gleichmäßig, abgesehen von dem Sparhafen (Spargute), nur das von ihr in die Ehe gebrachte und während der Ehe von ihr ererbte Gut behandelt, alles Andere aber, also sowol das von dem Manne Zugebrachte und Ererbte als und namentlich auch alle „vorgeschlagenen Mittel", „fürgeschlagenes Gut", ohne allen Unterschied, wie und woher dieser Vorschlag entstanden sei und mit ausdrücklichem Beifügen, „es rühre jetzt gleich dieser Fürschlag von seinem (des Ehemannes) oder seiner Frauen Gut her", als Vermögen des Mannes ansieht und der überlebenden Ehefrau bloß einen Theil davon als ihr an der ehemännlichen Verlassenschaft zukommende Erbportion zuweist, so daß, wenn man auch (ebenfalls in Uebereinstimmung mit dem Bezirksgerichte) den Ausdruck „während der Ehe Ererbtes" nicht anwenden, sondern „das Ererbte" nur als Gegensatz des durch den Fleiß, Thätigkeit oder Sparsamkeit

Digitized by Google

eines oder beider Ehegatten Erwachenen betrachtet und daher dem Erworbenen alles Dasjenige gleichstellen will, was speciell dem einen Ehegatten ohne sein Zuthun in Folge gesetzlicher Vorschrift oder besonderer Verfügungen (z. B. Schenkungen) zufiel, doch hierunter Lotteriegewinn, welcher doch immer eine gewisse Thätigkeit, so wie mit Rücksicht auf die Einlage eine Vermögensverwendung voraussetzt und als eine auf gesetzlicher Vorschrift beruhende, oder besondere, von dem Zuthun des Erwerbers unabhängige Zuwendung Anderer nicht angesehen werden kann, nicht begriffen ist, — eine Auffassung, die dann auch, gestützt auf die in den verschiedenen deutschen Gesetzen und Statuten sich vorfindenden Definitionen der Errungenschaft, von den meisten Lehrern des deutschen Privatrechtes und namentlich außer den von der ersten Instanz angeführten auch von

Runde, deutsches eheliches Güterrecht, §. 77, S. 183;

Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes, §. 77, Bd. II. S. 336 ff.;

Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts, sechste Auflage, §. 408;

Brackenhoeft, s. v. Güterrechte der Ehegatten, in Weiske, Rechts-Lexikon, Bd. IV. S. 934, —

für die richtige gehalten wird, wenn schon sich nicht läugnen läßt, theils daß es auch an abweichenden Ansichten nicht fehlt, z. B.

Danz, Handbuch des deutschen Privatrechtes, §. 610 b, Bd. IV. S. 33;

Mauerbrecher, das deutsche Privatrecht, §. 501, S. 642, — theils daß auch die früher genannten Schriftsteller wesentlich den Fall der Gemeinschaft der Errungenschaft im Auge haben, während nach gegenwärtig theils direct, theils subsidiär zur Anwendung kommendem Rheinauer und zürcherischem Stadtrechte die Errungenschaft nicht gemein ist, sondern dem Manne gehört,

Digitized by Google

so daß diese enge Auffassung des Zubringens der Frau (Weiberguts) in den Gesetzen und Statuten, welche von dem Grundsatze, es dürfe das Weibergut nicht zu- oder abnehmen, ausgehen, eine ganz andere und den Ehefrauen weit ungünstigere Bedeutung erhält, als in denjenigen, welche Errungenschaftsgemeinschaft festsetzen, und eben darum auch theils die in der folgenden Erwägung sub. a und b zu erwähnende Ausnahme sich um so eher rechtfertigt, theils es mit dem Beweise für das Einverständniß des Ehemannes weniger streng genommen werden kann; —

3) daß nämlich unter die in der vorhergehenden Erwägung erwähnte Regel nicht fallen, resp. eine Ausnahmen bilden, die Fälle,

a) wo die Ehefrau in der Lotterie gespielt und den Gewinn gemacht hat mit ihrem nicht unter der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes stehenden, nicht dem während der Ehe ungezweiten Gute, sondern mit ihrem Sondervermögen (Sparhafen, Spargut u. s. w.), da mit Bezug auf dieses ihr völlig freie Verfügung zusteht und sie es daher wie vermindern, so auch vermehren kann, und

b) wenn von ihr zwar aus dem wirklichen Weiber- oder sonst zum ungezweiten Gute gehörigen Vermögen gespielt, jedoch von dem Ehemanne zu einer Zeit, wo er dieß gültig zu thun vermochte, ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen zu erkennen gegeben worden ist, daß er den Gewinn als Erwerb der Frau und zu ihrem Zugebrachten gehörig ansehe, weil Nichts entgegensteht, ihm die Befugniß, auf sein Recht zu verzichten, einzuräumen, und namentlich hier von einer auf Umgehung der Erbgesetze berechneten oder aus irgend einem andern Grunde unerlaubten Schenkung nicht die Rede sein könnte; —

4) daß nun zwar für das Vorhandengewesensein von Spar- oder sonstigem Sondergut der Klägerin und daß sie aus demselben

Digitized by Google

gestellt habe, Nichts vorliegt, und auch ein Beweis hiefür nicht angetreten ist, da der Umstand allein, daß sie die Lotterieeinlage auf ihren Namen entlehnt haben, dem betreffenden Betrage die Eigenschaft des Sondergutes beizulegen nicht vermöchte; —

5) daß dagegen ein Einverständniß des Ehemannes mit dem Spiele nicht nur auf den Namen, sondern auch auf Rechnung der Frau und eine Anerkennung des Lotteriegewinnes als ihr Zugebrachtes von Seiten des ersteren mißbedenklich anzunehmen wäre, wenn derselbe die für ihn gemachten Verwendungen aus diesem Gewinne als von ihr geschehen betrachtet, z. B. erfolgte Zahlungen auf ihren Namen hätte quittiren lassen, sich mithin hiefür als ihren Schuldner zu erkennen gegeben haben würde, — eine Annahme, welche noch mehr für sich hätte, wenn sich herausstellte, daß die Frau das Geld zur Einlage auf ihren Namen und Rechnung erhoben hatte, indem, wenn auch nach dem Obigen dieser Umstand an und für sich nicht entscheidend ist, er doch dazu dient, um so augenscheinlicher und wahrscheinlicher zu machen, daß der Mann aus Rücksichten der Billigkeit einen ohne seine Gefahr und Thätigkeit lediglich durch Zuthun und Wagniß seiner Frau entstandenen Vortheil sich nicht habe aneignen, sondern ihr, welche im Falle des ungünstigen Erfolges auch den Nachtheil allein zu tragen gehabt haben würde, habe belassen wollen; —

6) daß nun unter Voraussetzung der Aechtheit der Quittung (Act. 9), in derselben eine solche Anerkennung des Ehemannes, wie sie in der vorhergehenden Erwägung erwähnt ist, und zwar, da sie im Gegensatze der Mitbürgschaftsversicherung und der Pfandverschreibung auf einen Brief, welche dem Concurse lange (über 10 Jahre) vorher ging, herrührt, eine vollkommen beweisende und gültige, um so mehr läge, als wenigstens bis jetzt weder etwas dafür vorliegt noch glaubhaft ist, daß der Ehemann, für welchen gemäß derselben eine verhältnißmäßig so sehr beträchtliche

Digitized by Google

Summe wäre bezahlt worden, ihren Inhalt nicht gekannt haben sollte; —

7) daß daher der angebotene Beweis für die Aechtheit, so wie auch die angebotenen Beweise dafür, daß die Frau auf ihren Namen in der Lotterie gespielt, allfällig auch die Einlage für sich entlehnt habe, und daß die Zahlung an den Hauskauf ihres Ehemannes von ihr geschehen sei, als erheblich sich darstellen, wobei dann die Thatsache, daß mit den von der Klägerin genommenen Loosen die betreffenden Gewinne wirklich gemacht worden seien, nicht bestritten zu sein scheint oder, wenn sie es dennoch sein sollte, hierauf im Endurtheile Rücksicht zu nehmen sein wird; —

8) daß, was die Zeugen anbetrifft, gegenwärtig nur noch die Fähigkeit des Wachter und Thiermüller bestritten wird, ersterem aber als Vogt der Klägerin, welcher in ihrem Namen und Interesse den Prozeß führt, die erforderliche Unbefangenheit nicht mangelt, und letzterer als einzelner Zeuge für eine Thatsache, für welche sonst Nichts weiter vorliegt, wegfällt; —

durch Stimmenmehrheit, gegenüber einem Antrage auf Bestätigung des bezirksgerichtlichen Urtheiles,

gefunden:

Es sei die Berufung der Klägerin (Frau Welti) größtentheils begründet, und hienach

erkannt:

1. Sei das erstinstanzliche Urtheil aufgehoben und der Klägerischer Seits Fact. K II. des bezirksgerichtlichen Urtheiles aufgestellte Beweissatz erheblich erklärt, von den vorgeschlagenen Zeugen aber Wachter und Thiermüller nicht abzuhören; —

2. Seien die Kosten wie für ein Zwischenurtheil zu berechnen und davon Klägerin daran ein Sechstheil, Beklagter fünf Sechstheile; —

3. Sei dieses Urtheil dem Bezirksgerichte Zürich unter Rücksendung der Acten und den Parteien mitzutheilen.

Digitized by Google

XXVI.

Ueber die Verpflichtung zur Bezahlung von Verzugszinsen.

Das Bezirksgericht Horgen

hat

am 2. April 1849 in Sachen des Herrn Fürsprech Meier, Namens des Herrn alt-Regierungsrath Nägeli in Lichberg, Klägers und Appellaten, gegen Herrn Prof. Bucher, als Cessionar des Herrn Maurermeister Schmid in Thalweil, Beklagten und Appellaten, betreffend Zins, über die Rechtsfrage: „Ob Beklagter verpflichtet sei, dem Kläger 98 fl. 4 ß. 8 hlr. Verzugszinse von 842 fl. 27 ß. 8 hlr. zu 5 % vom 12. März 1846 bis 20. August 1846 zu bezahlen?“

auf Grundlage der factischen Ergebnisse des zunftgerichtlichen Urtheils, mit dem Zusatze: Das Zunftgericht habe die Forderung gutgeheißen: —

in Betrachtung:

1) Daß die vorliegende Zinsforderung weder auf einem Vertrage noch einem Urtheile beruht, sondern lediglich damit begründet werden will, daß nach einer allgemeinen Rechtsregel von jeder ohne rechtlichen Grund verweigerten Geldschuld vom Verweigerungstage an Zinse bezahlt werden müssen; —

2) daß es nun zwar allerdings richtig ist, daß, wer dem Andern auf widerrechtliche Weise eine Geldschuld entzieht, zur Bezahlung landesüblicher Zinse an denselben verbindlich ist, daß der Verzug die Verpflichtung zur Bezahlung von Verzugszinsen begründet, so wie auch, daß bei einer streitigen Geldschuld mit dem Momente der Streitbefestigung, bei uns mit dem Momente der Ausstellung der friedensrichterlichen Weisung, Verzugszinse gefordert werden können; —

Digitized by Google

3) daß jedoch nach allgemeinen Grundsätzen und nach der Natur der Sache solche Zinse, wenn sie überhaupt in Anspruch genommen werden wollen, mit der Hauptsache eingeklagt werden müssen und Verzugszinse einen selbstständigen Entstehungsgrund nicht haben und auf einer eigentlichen Obligation, wie dieß bei den Vertragszinsen der Fall ist, nicht beruhen, sondern entweder Theil einer andern Obligation bilden oder lediglich die Folge der Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung einer solchen sind und — wie das gemeine Recht sich ausdrückt — auf dem officium judicis beruhen, daher denn auch solche Zinsforderungen, wie überhaupt Ansprachen von Interessen, namentlich auch z. B. gerade die Forderung einer Prozeßentschädigung, nur gleichzeitig mit der Hauptsache eingeklagt und zugesprochen und nicht mit einer besondern selbstständigen Klage verfolgt werden können: —

4) daß hieraus folgt, daß Kläger mit seiner Zinsforderung, ungeachtet dieselbe an sich begründet gewesen wäre, gegenwärtig abgewiesen werden muß:: —

mit Einmuth gefunden:

Sei die Appellation begründet und demzufolge einmüthig

erkannt:

1. Sei Kläger mit seiner Forderung abgewiesen; —

2. Trage derselbe die erst- und zweitinstanzlichen Kosten; —

3. Habe Kläger dem Beklagten eine Prozeßentschädigung von 6 Fr. zu bezahlen; —

4. Mittheilung dem Zunftgerichte Thalwil.

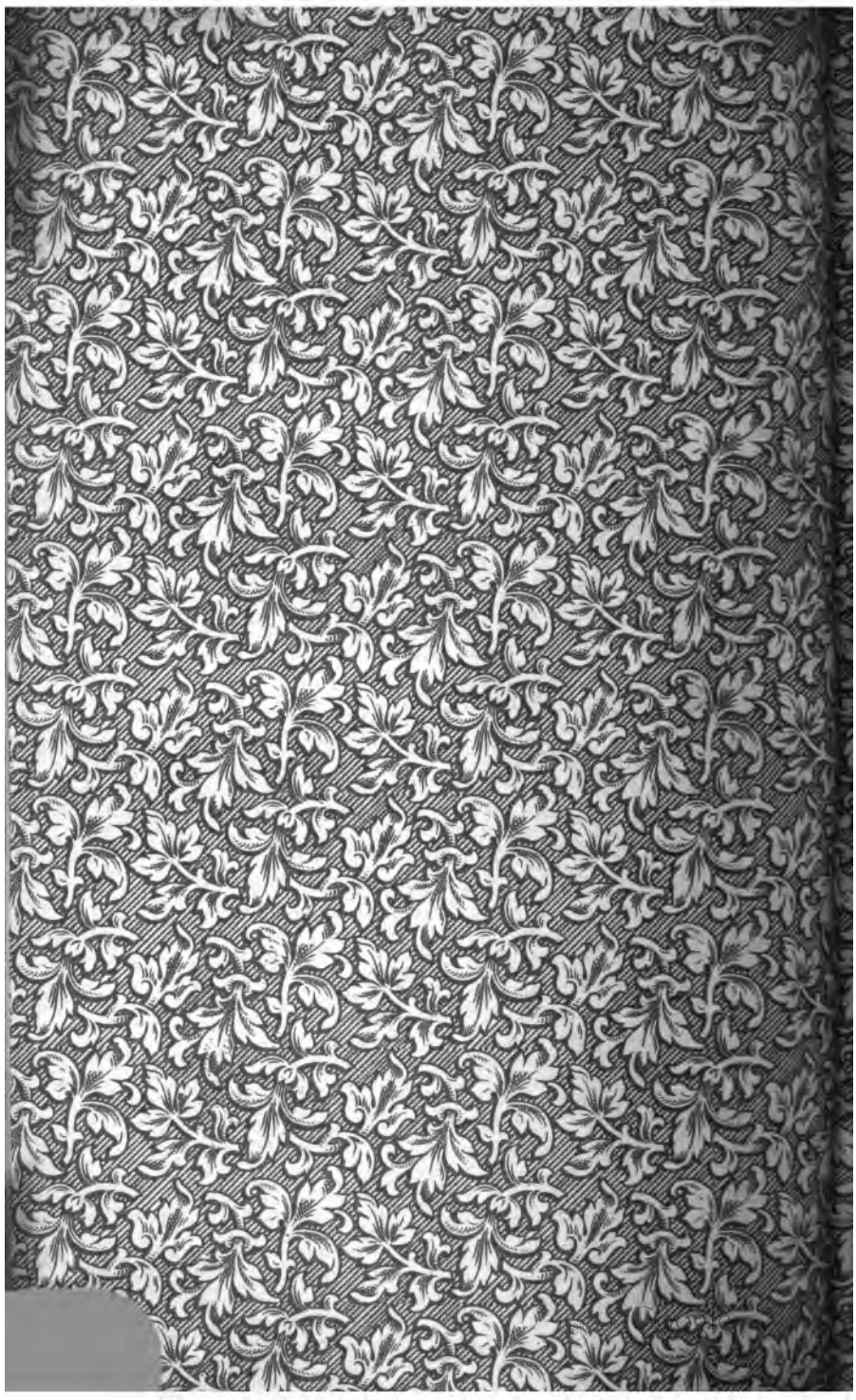
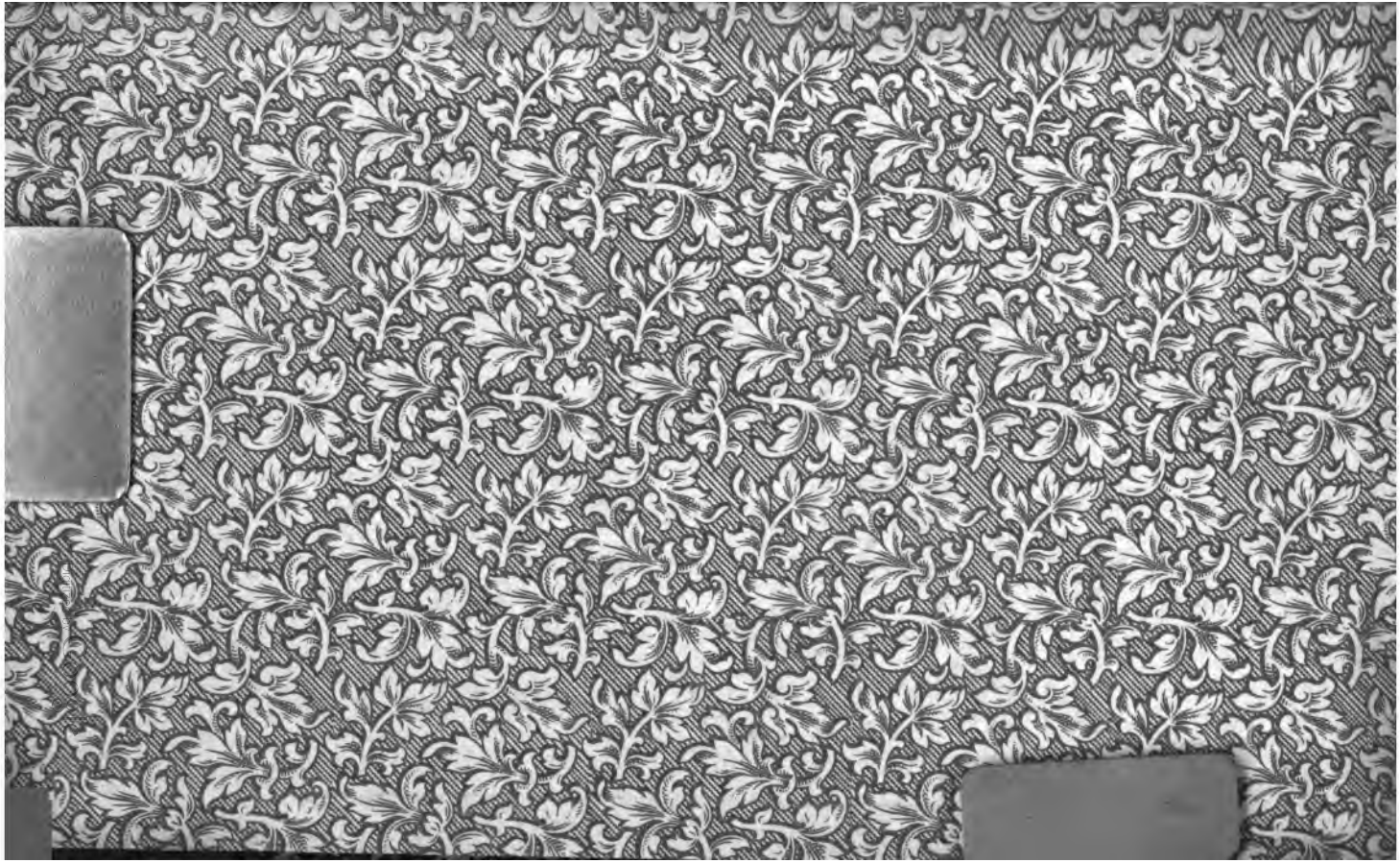
Digitized by Google

Inhalt des zehnten Bandes.

Seite

I. Inwiefern können nach dem Eglisauer Herrschaftsrechte die Kinder in dem Concurse des Vaters für das Muttergut ein Vorrecht ansprechen? 1
II. Ueber die Gültigkeit und Wirksamkeit der Beschlüsse der Gemeinden 18
III. Aus den obergerichtlichen Entscheidungen während der Monate Juni, Juli und August 1848. Mitgetheilt von Hrn. Obergerichtsschreiber Römer 32
IV. Ueber die Competenz der hiesigen Gerichte zur Bestrafung der während des eidgenössischen Dienstes verübten Militärverbrechen [illegible]
V. Ueber die Collision der ehelichen Güterrechte verschiedener Staaten 63
VI. Bei Vaterschaftsklagen ist die Einrede der verspäteten Anzeige der Schwangerschaft prozeßhindernd 75
VII. Ueber den Umfang des den Miethzinsforderungen im Concurse zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes auf die Illaten . . 78
VIII. Ueber den Kauf auf Lieferung 81
IX. Aus den obergerichtlichen Entscheidungen während der Monate August, September und October 1848. Mitgetheilt von Hrn. Obergerichtsschreiber Römer 94
X. Inwiefern kann ein Leibdingsnehmer beim Concurse des Leibdingsgebers die Umwandlung des Leibdings in Geldleistungen verlangen? 161
XI. Ueber die Servitut des Wohnsitzes 172
XII. Ueber die Rechte der Juden 177
XIII. Für welche verheimlichte dingliche Lasten kann durch Abrechnung an dem Kaufschuldbriefe Entschädigung vom Käufer verlangt werden? 180
XIV. Ueber die Aufkündbarkeit der Schuldbriefe 188
XV. Aus den obergerichtlichen Entscheidungen während der Monate October, November und December 1848. Mitgetheilt von Hrn. Obergerichtsschreiber Römer 195
XVI. Ueber die Bedeutung des Pfandrechtes an Fässern als Pertinenz von Liegenschaften 286
XVII. Gehört nach dem Eglisauer Stadtrechte auch das verfangene Gut der Ehefrau zur gemeinsamen Gütermasse, resp. zu dem Auffallsgute des Ehemannes? 289
XVIII. Ueber die Auslegung des Ausdruckes: „Bürge und nöthigenfalls Selbstzahler“ 301
XIX. Ueber den Zahlungsort der domicilirten Wechsel . . . 303
XXI. Aus den obergerichtlichen Entscheidungen während der Monate Januar, Februar und März 1849. Mitgetheilt von Hrn. Obergerichtsschreiber Römer 321
XXII. Ueber den Begriff der einstweiligen Rechtsstellungen . . 433
XXIII. Der seinen Schuldtitel versilbernde Faustpfandgläubiger haftet dem Käufer nicht für die Existenz des Schuldners . . 442
XXIV. Zur Lehre von dem Uebergange des Eigenthums an Liegenschaften 448
XXV. Ueber den Umfang der ehelichen Errungenschaft . . 454
XXVI. Ueber die Verpflichtung zur Bezahlung von Verzugszinsen 476

Ex. Ob. A. S.
6/5-/05.

Digitized by Google

Digitized by Google